





LA DOTTRINA

DEL

CODICE CIVILE FRANCESE

CONFERITA

COI PRINCIPI DELLA LEGISLAZIONE ROMANA

SEGUÌTA

DAI TRATTATI DI DRITTO CIVILE

DI

A. F. THIBAUT

TRADOTTI ANNOTATI E PRECEDUTI DA UN DISCORSO

DA

A. TURCHIARULO

NAPOLI
GIOVANNI PEDONE LAURIEL
Editore

1854



LA DOTTRINA
DEL CODICE CIVILE FRANCESE

CONFERITA COI PRINCIPII DELLA LEGISLAZIONE ROMANA

SEGUÌTA

DAI TRATTATI DI DRITTO CIVILE

DI

A. F. THIBAUT

PROFESSORE DI DRITTO NELLA UNIVERSITA' DI EIDELBERGA,
CONSIGLIERE DI STATO DEL GRAN DUCA DI BADEN,
E CORRISPONDENTE DELLA COMMISSIONE LEGISLATIVA DI PIETROBURGO

TRADOTTE ANNOTATE E PRECEDUTE

DA UN DISCORSO

DA

A. TURCHIARULO

NAPOLI
GIOVANNI PEDONE LAURIEL
EDITORE
1853

N. B. Le note segnate con numeri appartengono all'Autore, quelle con lettere al traduttore.

DISCORSO PRELIMINARE DEL TRADUTTORE

Niuno è tanto dotto, che non possa ancora, apprendere dagli altri: e rare volte è alcuno sì ignorante, che non sia al caso di dire al più sapiente qualche cosa, che questi ignorava.

FICHTE, Lez. di filos. popol.

I.

Il 28 marzo 1840 un viaggiatore Italiano entrando in un'antica sala di Eidelberga, era colpito dall'armonia d'un cembalo, e molto più ancora dalla figura vivace ed ispirata d'un vecchio, che traeva dall'armonico istrumento i suoni, ch'erano causa di meraviglia e d'incanto all'ospite novello, ed alle persone circostanti. E questi suoni furono la sola voce che il viaggiatore potè udire, come pure erano le ultime espressioni dell'uomo venerando, che bentosto levatosi da sedere agitato e commosso per sedare col movimento il tumulto dei sentimenti, che avevano desti in lui gli accordi musicali, giaceva dopo pochi istanti già cadavere sul letto di morte. E grande fu il suo stupore, quando udì e vide, che la città di Eidelberga addiveniva un sol uomo per rendere i funebri onori all'ignoto personaggio; che i dotti della Germania dimenticarono per qualche tempo qualunque altro argomento, e consenzienti in un solo e medesimo pensiero parlarono il medesimo linguaggio sulla tomba del grand'uomo, riconoscendolo per il più ingegnoso e filosofo giurista del tempo. I nostri lettori al pari del viaggiatore Italiano balzati repentinamente da una sala di Eidelberga a tutta la Germania, forzati a riconoscere nell'artista e nell'uomo della brillante società un vecchio e dotto Professore Tedesco, non potrebbero nè saprebbero vincere la propria meraviglia, se noi non dessimo loro a conoscere, chi era colui, il cui ultimo sospiro fu un suono armonico, che riscaldava coll'arte musicale la rigidezza dell'età e di severissimi studj, a cui era dato colla medesima facilità agitare melodicamente l'aere d'una sala privata e riempiere del suo nome il mondo civile, che faceva l'incanto del cerchio dei suoi amici, ed era la gloria d'un paese sì ricco di giovani glorie.

II.

A. Federico Thibaut nacque in Amela il 4 gennajo del 1772. La sua famiglia di origine Francese emigrata per sottrarsi alle conseguenze della rivocazione dell'Editto di Nantes era di umile e povera condizione: ed umile e povera fu la prima e giovanile educazione di Thibaut proporzionata alle poche e tenui risorse dei suoi genitori. Ma in alcuni individui l'ingegno e le disposizioni naturali fecondate da una forte volontà compensano il difetto, e tengono il luogo di qualunque esterno soccorso, producendo risultati, che in mancanza di esse si spererebbero invano dalla più squisita e compiuta educazione. In tal modo eguaglia e vendica l'infinita Provvidenza quella inevitabile ineguaglianza sociale, che il più delle volte accumulando le risorse ed i mezzi esterni nelle mani degl'inerti ed oziosi, lascia al tutto sprovisti e nel bisogno coloro, che avendoli non mancherebbero di usarne avvisatamente e

beneficamente per il proprio bene e per l'altrui. Fanciullo egli divise i giorni della sua fanciullezza fra Amela ed Annover, finchè giunto all' anno quindicesimo si addisse alla guardia delle foreste. Ma sentì bentosto il vuoto d'una simigliante occupazione, giacchè questa vita errante ed in certo modo avventuriera se appaga quel bisogno di agitazione e di moto, che è la prima ed anche la sola manifestazione dello spirito umano nell' età giovanile, addiviene ben tosto sterile e grave, e mal sodisfa alle aspirazioni di quegli animi, che seguendo una irresistibile tendenza s' informano da qualche cosa di più alto e spirituale a differenza di molti altri, che limitandosi ai soli bisogni materiali ed esterni, restano, diciam così, uomini in embrione. Sicchè dopo due anni riprese gli studj, e gli fu facile coll'energia della sua volontà riempiere il vuoto prodotto da una vita tutt' altra che studiosa. Nel 1792 si diresse a Gottinga, e di là passò ben tosto in Konisberga. Un tal momento della vita di Thibaut, e la sua dimora in questa città furono decisivi per le tendenze e l'educazionedella sua mente. È un fatto, che l' esperienza giornaliera ci pruova, e del quale non è difficile assegnare la ragione, che per gli spiriti deboli o volgari tutto passa inosservato, la loro vita è sempre quella del momento, passaggiero sono le impressioni, il loro passato è irreparabilmente perduto, o ne conservano appena pallide memorie, sicchèdopo tanto vicende, dopo tanti giorni ed anni di esistenza il loro spirito è ancor fanciullo senza avere l'innocenza e la pieghevolezza giovanile, rimane negativo al pari d'una carta bianca. Per i caratteri forti per contrario, e capaci di forti impressioni un sol momento, pochi avvenimenti decidono alle volte dell'intera vita lasciando nel loro spirito delle tracce, che non si cancellano per tempo o per variare di condizioni, o secondo la natura di questi corrono arditamente ed irretrattabilmente il sentiero della virtù o del vizio, si determinano per una occupazione o per un'altra, per le scienze o per le arti, per questo o per quel sistema. Così pure la dimora di Thibaut in Konisberga fu decisiva per la tendenza spirituale dei suoi studj. In questa città fu uditore, e poi divenne caldo ammiratore di Kant, ed indubitatamente apprese dalle lezioni di questo quel sentimento filosofico, col quale feconda le materie le più sterili del dritto, quel concepimento profondo, che svestendo le istituzioni dalle loro forme fenomeniche ed apparenti penetra sino alla genesi e l'origine filosofica di esse: e possiamo senza tema di andare errati affermare, che senza essersi educato alla scuola del gran Filosofo non seguerebbe un momento importante nella storia del dritto, mancherebbe della importanza storica di essero stato l'inauguratore ed il rappresentante di quella giovine scuola Tedesca, che senza lasciarsi illudere dalle astrazioni delle idee filosofiche, nè dall'amore esclusivo del passato, tempera lo spirito di ciascuna di queste due scuole, conciliando il fatto coll'idea, l'astratto col concreto, il passato coll'avvenire.

Nel 1794 si condusse in Kiel, nella quale città si strinse in fraterna amicizia con Niebuhr; che anzi per la conoscenza del carattere di Thibaut o della direzione dei suoi studj non è senza importanza ripetere quello, che egli stesso ci racconta a tal proposito. « Quando io dava opera ai miei studj in Kiel, vi giunse Niebuhr come studente, e ben tosto ci affratellammo dividendo per un anno la medesima stanza, ed il medesimo pasto frugale. Benchè molto giovine pure profondo era-

no le sue conoscenze, ed il suo spirito appalesavasi profondo già fin d'allora, e come tale era stimato nel concetto dei più intelligenti. Sebbene maggiore di lui di cinque anni, pure lo considerava come il mio maestro: le nostre idee si accordavano sui generali. Ma bentosto Niebuhr lasciossi travolgere dal movimento e dal tumulto delle cose politiche, e durante questo periodo della sua vita non fuvvi alcuno scambio di lettere fra noi. Di ritorno dall'Italia diretto a Bonn per vivere interamente alla scienza passò per Eidelberga, dove rimase alcuni giorni intrattenendoci per la maggior parte del tempo insieme e senza testimoni. Sulle prime egli addimostrossi meco alquanto ritroso e riservato; ma fui salvato da Cicerone. Dilungandomi nelle lodi dell'Oratore Romano, mi richiese del mio giudizio: risposi laconicamente: « se alcuno potendo e volendo dare alle fiamme tutta la letteratura Romana, mi permettesse di dimandar grazie per le opere d'un solo, non esiterei un sol momento a dire, siano queste le opere di Cicerone. » E poi ch'ebbi svolte le ragioni d'una tale preferenza gridò vivamente: « trovo infine un uomo, che fa giustizia a Cicerone; io giudico di questo al pari di te, ed è perciò che da lui ho denominato Marco mio figlio. » Si ruppe infine il ghiaccio fra noi, ed egli francamente dichiarommi, che non poteva persuadersi, come io potessi essere sì avverso al dritto Romano, ed alla storia del dritto in generale. Gli pruovai d'essere stato al tutto calunniato, e gli feci osservare, che sol per preoccuparmi interamente della letteratura classica aveva negletto ogni privato avanzamento, e rinunziato ad ogni speranza di ricchezze e di vantaggi sociali, concentrando ogni piacere della mia vita nello studio dei classici di tutti i tempi, e ripetendo sempre con Facciolati: *expedit omnes gentes Romanis legibus operam dare, suis vivere.* Quand' egli ebbe ciò udito, gridò molto sentitamente, se tu pensi così *habes me consentientem, habes me consentientem.* »

In Kiel dette opera sì indefessamente agli studj da privarsi quasi interamente del sonno e di qualunque altro più innocente divertimento. Ma la declinante salute gli fè una necessità di prendere alcune ore di riposo nei crocchi degli amici, e particolarmente nella casa del Prof. Ehlers, la cui figlia addivenne nel 1800 sua moglie. Nel 1788 fu nominato con contento ed applauso generale professore straordinario della cattedra di dritto, e nel 1799 cominciò a tenervi da professore ordinario le sue lezioni, dopo essersi ricusato ad un invito, che gli venne da Copenhagen. Nel 1802 passò in Jena, cedendo non tanto alle istanze ed all'omaggio che rendevasi al suo merito ed al suo nome, quanto al bisogno della salute della moglie di respirare l'aria di quel clima. In questa città affratellossi con Goethe e con Schiller, e dovette all'amicizia di questi due genii poetici della Germania una gran parte della felicità di tre anni. Quì concepì e distese il suo *sistema delle Pandette*, che tanto valse a diffondere il nome di Thibaut anche al di fuori della Germania; sicchè fu nominato membro della commissione legislativa istituita in Pietroburgo, o gli vennero moltissimi inviti da differenti città, ai quali costantemente negossi. Ma quando nel 1805 il Gran Duca Carlo Federico di Baden istituiva una nuova Università in Eidelberga usando tutti i mezzi, dei quali può disporre un Principe generoso ed intelligente per attirarvi i più dotti e rinomati Professori della Germania, l'Uomo, che amava tanto la scienza ed il paese volle dar pruova della sua

gratitudine verso il fondatore della nuova Università, e deporre il testimonio maggiore, che per lui potevasi del suo compiacimento per questo novello istituto cedendo all' invito del Gran Duca, ed alle istanze del Ministro Reizenstein. Questa città fu l'ultima dimora di Thibaut: vi fu onorato da Carlo Federico, e poi dal Gran Duca Leopoldo con tutte quelle distinzioni, che ànno qualche cosa di bello e di sacro solo quando sono il premio della virtù, e che se nulla aggiungono al pregio intimo delle persone che ne sono l'obbietto, fanno però onore all'intelligenza ed al cuore di chi le dispensa, e valgono a maggiormente radicare la virtù ed il merito nella opinione pubblica, pronta sempre ed inchinevole a giudicare delle cose istesse dai segni esterni, che lo distinguono. Quì tenne le sue lezioni con quel zelo e con quel successo, che levarono tanto alto il suo nome, e per i quali suona sì caro ed onorato per la Germania. Per lungo tempo impotente a muoversi per dolori articolari, facevasi trasportare in una sala d'udienza ch' egli aveva nella propria casa; e quasi che quell'atmosfera, o la presenza dei suoi uditori vivificasse le sue forze, rendevasi superiore al suo malessere, che non avvertito per la preoccupazione delle idee, o represso dall'energia della volontà manifestavasi soltanto a traverso al suono alquanto più toccante delle sue voce, o per i tratti del volto, che sensibilmente cambiavano. Ma questo conato, che una forte volontà e l'amore della scienza sostenevano fino al termine delle lezioni, lo abbatteva talmente da rimanere per lunghe ore estenuato e privo di sensi. Forse se fosse stato più condiscendente alle preghiere dei suoi amici e più caldi ammiratori, e con un zelo meno intenso nel suo ministero di Professore, avrebbe potuto protrarre la vita ancora alcuni anni, ma è proprio dei caratteri forti rimanere conseguenti a quei sentimenti, dai quali furono maggiormente preoccupati, e che la loro morte debba essere un omaggio a quel principio, che fu il sostrato o l'anima della loro vita. Morì in Eidelberga il 28 marzo 1840.

III.

Thibaut era forte ed ajutante della persona: alle larghe spalle sovrastava una magnifica testa coronata da una lunga e bianca capigliera: i suoi occhi naturalmente vivaci ed espressivi acquistavano un grado di espressione e di attrazione irresistibile al momento che il suo spirito era più agitato e commosso; ad un carattere straordinariamente vivo ed entusiasta associava la più squisita sensibilità, ad una forte personalità il più grande disinteresse: per lui l'amore della scienza e della natura era un entusiasmo. Nell' età della fanciullezza sfogava l'impeto del suo carattere stancandosi con un pazzo trasporto al nuoto ed alle corse: durante i molti anni del suo professorato in Eidelberga visse giorni solitarj e tranquilli in una piccola casa situata all'aperto della campagna, che da una parte dava in una valle amena e silenziosa, dominava dall'altra un vastissimo orizzonte. Quì visitato una volta da un gran personaggio del Nord della Germania, credette fargli il maggiore onore, che per lui si poteva, lasciandogli vedere quello ch' eravi di più bello secondo il suo sentire, ossia un'altissima torre vestita interamente di ellera: e mentre affaticavasi con eloquenti parole a ritrarre quello che internamente sentiva allo spettacolo di questo magnifico lavoro della natura, il viaggiatore l' interruppe interrogandolo, « questa pianta è essa uti-

le? » — sì, ma molto più la patata, fu la sua risposta.

IV.

La musica fu la prima e più forte passione della sua fanciullezza, rimase la delizia dell' età più matura, era la fonte dove attingeva nuovi elementi di vita e di sollievo negli anni della vecchiaja. Nella sua fanciullezza mancando d'un cembalo, esercitavasi sopra un istrumento, che senza rendere alcun suono, e senza punto soddisfare ai sensi, illudeva la sua passione sol pel la forma: nell' età cadente, quando il freddo e l'abbandono delle membra inevitabilmente comunicandosi alle forze dello spirito ne ammorza ogni brio e sensibilità, il suono armonico dell' istrumento, ch'egli maestrevolmente toccava, lo eccitava in modo, che il più delle volte gli riusciva impossibile continuare, e colle lagrime agli occhi gli era forza levarsi da sedere e dimenarsi per la stanza per reprimere col moto il tumulto dei sentimenti, e per padroneggiare novellamente il suo spirito. Parrà forse strano, che un uomo che faceva professione di studj severissimi ed astratti avesse potuto nudrire e conservare amore e capacità per l'arte musicale, giacchè nel concetto comune si è uso vedere qualche cosa di contradittorio fra l'una e l'altra occupazione. Ma deesi considerare in contrario, che la musica, per quanto possa parere strana questa asserzione, è fra tutte le arti quella, che maggiormente s'identifica colle scienze astratte, e più di qualunque altra sodisfa ad uno spirito filosofico e riflessivo. Se volessimo pruovare questo nostro pensiero con delle autorità, dovrebbe bastare il testimonio di Platone, la cui anima è la più alta conferma della sua propria opinione. Ma la pruova migliore ci può venire dalla considerazione istessa di questa bellissima arte. — Le scienze astratte diconsi tali, perchè indipendenti da qualunque elemento esterno e concreto non ànno altro rapporto, che uno al tutto subbiettivo collo spirito pensante, da cui si originano ed al quale ritornano, Così pure la musica è l'emanazione la più immediata e diretta dell'anima umana: e se le altre arti possono avere un fine ed uno scopo distinto ed anche estraneo ad esse, quella non può essere che l'espressione spontanea di quanto internamente si pensa e sente. Le manifestazioni dello spirito distinguonsi per la forma, ch'esse prendono nella loro realtà esterna, avendo tutte il medesimo obbietto, un' idea comune, sicchè avranno fra loro una minore o maggiore simiglianza o diversità, secondo che le loro forme si assimigliano o differenziano fra loro. Ed è appunto per la sua forma, che la musica più di qualunque altra arte s'identifica colle scienze astratte. Le forme delle altre arti, colori, materie, misure e dimensioni sono altrettanti elementi, che indipendentemente dall'obbietto, al quale servono, ànno una esistenza propria e concreta. La pittura per esempio esprime per via di forme e di fisonomie i pensieri le tendenze, i sentimenti, le passioni; ma quelle, in cui tutto questo si manifesta, restano sempre come tante apparenze obbiettive, colle quali l' Io per quanto a forza di astrazione possa preoccuparsi della idea d'una statua o d'una pittura, non potrà mai identificarsi, rimanendo il subbietto e l' obbietto sempre due elementi distinti, che non ànno altro rapporto fra loro, che quello d'una semplice percezione. Nella musica per contrario un tale dualismo manca, o è al tutto inpercettibile: il tuono che è la forma di essa è invero qualche cosa di esterno, ma non à una esistenza propria e concreta: esso si manifesta pure nello spa-

zio, ma fugace e passaggiero rapidamente lo percorre per riposarsi nell'udito, ed appena questo lo à raccolto si è dileguato già senza altra traccia, che quella tutta subbiettiva, che à lasciata nell'anima. Anche per la natura del senso, al quale parla la musica, essa si differenzia dalle altre arti. L'udito è un organo meno pratico della vista: esso non si trasporta come l'occhio verso gli oggetti esterni, non percepisce a traverso le forme esterne, nelle quali non ostante la più grande estrazione resta sempre per le altre arti avviluppato il pensiero, ma raccoglie i tuoni come qualche cosa d'ideale. Per altro quest'intimo rapporto fra le scienze astratte e la musica è uno di quelli, che difficilmente possonsi concepire in astratto molto meno descrivere, ma che sentesi ad evidenza da coloro, che dando opera alle prime non disdegnano occuparsi dell'altra. — La musica, che fu la prima passione della fanciullezza di Thibaut, fu pure l'ultimo sospiro del moribondo.

V.

Ma non potrebbesi concepire una idea vera del carattere e della personalità di Thibaut senza averlo veduto ed udito dalla publica cattedra. In generale può dirsi dei Tedeschi, che sono essi destinati a rappresentare l'elemento della scienza nella storia della moderna civiltà. È nella scienza, che i Tedeschi sono fatti per brillare, come gl'Italiani nelle arti e nelle lettere, gl'Inglesi nell'industria e nel tatto politico e sociale, i Francesi nel brio e nella eleganza delle festevoli brigate: per essi la cattedra è la loro tribuna, la sfera d'ogni attività, il loro campo di battaglia. L'amore vero e sentito di Thibaut per la scienza, quella reciproca influenza ed elettrica communicazione, che inevitabilmente si accende fra un professore ed una giovine adunanza naturalmente vivace ed impressionabile collo scontro del loro pensiero in una medesima idea, o che forma tutto il vantaggio della parola viva ed animata sulla lettera scritta, morto e freddo organo di communicazione fra l'uditore ed il professore, l'entusiasmo, che inevitabilmente pruovasi alla presenza d'idee lungamente meditate, e che come altrettanti esseri obbiettivi riagiscono sullo spirito che lo svolge e produce, tutto questo communicava una tale eloquenza e forza persuasiva alle sue parole, un tale espressivo movimento al suo corpo, un sì energico tuono alla sua voce, che ove ci fosse possibile rappresentarceli col pensiero, non avremmo più a farci le maraviglie, se il vecchio professore fu tanto caro e venerato dai suoi discepoli, se la sua morte fu generalmente argomento di lutto e di duolo, se gli uomini, che oggi giorno rappresentano la scienza del dritto in Germania, si fanno un vanto d'essere stati suoi uditori e discepoli. Tanto successo, sì felici risultati non sono possibili senza un vero e predominante amore per questi esseri invisibili, che noi diciamo idee, giacchè è desso il solo, ch'eleva l'uomo al di sopra di sè stesso, o meglio rileva l'elemento più nobile della sua natura.

IMPORTANZA STORICA DI THIBAUT.

I.

Le notizie, che noi abbiamo date sulla vita di Thibaut, non desterebbero alcun interresse o simpatia, se l'uomo al quale si riferiscono mancasse di ogni importanza storica, se la sua esistenza non segnasse un periodo nella storia della civiltà in generale, ed in quella particolare del dritto, s'egli elevandosi sulla propria individualità

per se stessa passaggiera e oscura non avesse una espressione alquanto più alta e generale. È facile rinvenire molti particolari, che noi abbiamo indicati della sua vita e del suo carattere anche in altri individui, o ciò non ostante il nome di questi non copro alcuna delle pagine della storia, la loro memoria fu soffocata nella fossa, che ne copre le ceneri, como quella di tutti gli altri, che passarono senza fama e senza grido. La storia non registra i nomi ed i fatti, che non presentino un addentellato universale; essa non tien conto di quello che l'uomo pensa e sente nella sua forma puramente subbiettiva e personale, nè di quello che succede nel seno delle famiglie, e non trascende la sfera ed i piccoli interessi della vita privata. Condiziono necessaria e sola per l'esistenza storica degl' individui si è, che il loro nome si associasse ad un interesse più generale e non perituro, ch'essi rappresentassero l'idea del tempo in quella sfera, nella quale esercitarono l'attività del proprio pensiero. Tutto quanto l'uomo possa fare, dice un filosofo Tedesco (1), come essere finito e per proprio consiglio è nullo e si perde nel nulla. Solo quando una forza superiore v'impossessa di lui, lo eccita, e sostituisce la sua personalità, si eleva la sua vita ad una esistenza vera e reale. Questa forza superiore è quella delle idee assolute. Prendere consiglio da queste, e dedicarvisi interamente è la sola e vera saviezza in ogni operazione, è quanto di più alto ci è nella famiglia umana, è la missione de' dotti.

II.

Se questa è dunque la condizione, che spiega e giustifica la rinomanza storica di alcuni individui, ci rimane a considerare quale è l'espressione di Thibaut nella storia del dritto, e qual è il momento, che ne rappresenta, per darci ragione della sua fama, e per pruovare, che questa non è caso, ma giustizia, è alcune volte il solo compenso che le generazioni retribuiscono a coloro, che vollero e pensarono per esso.

Due quistioni erano predominanti nella sfera della scienza del dritto, e vivamente agitate fra i dotti della Germania al cadere del secolo passato ed ai principj del presente. Riferivasi l'una alla maggiore o minore convenienza del metodo di codificazione in opposizione col metodo storico o consuetudinario, l'altra all'importanza del dritto Romano, s'esso bastasse come sistema di leggi ai bisogni ed ai rapporti della novella civiltà, o dovesse considerarsi come semplice materiale utile soltanto per la scienza storica del dritto. L'una e l'altra quistione mette capo in quella molto più generale o comprensiva agitata fra la scuola storica, e l'anti-storica o filosofica. In un altro lavoro noi definimmo il pensiero astratto di ciascuna di queste scuole, ne considerammo le differenze nel concreto, cercammo pruovare che la loro origine ed esistenza lungi dall'essere un fatto isolato e fenomenico, giacchè la storia non riconosce simiglianti fatti, provenivano da alcune tendenze naturali dello spirito umano, e dalle condizioni speciali della scienza del dritto a quel tempo, sebbene un dotto Scrittore Napoletano abbia concetta della scuola storica una opinione al tutto diversa, considerandola come un fatto puramente fenomenico e di occasione, perchè secondo lui sarebbe *nata dall' opposizione alla dominazione Francese* (2). Assegna-

(1) Fichte, *Della missione dei dotti*. v. 1. p. 419. Ediz. di Berl.

(2) Blank, *Miscellanea*, p. 489. « La scuola storica Tedesca è nata dalla opposizione » alla dominazione Francese come la scuola

re ad un fatto così importante nella storia del dritto, qual'è la scuola storica, una origine di semplice reazione contro la dominazione Francese, sicchè per *argomento a contrario* potrebbesi e dovrebbesi conchiudere, che la verità di essa dipenderebbe dalla sola e semplice opportunità d'una tale opposizione, e che la sua importanza si arresterebbe colà, dove finisce il bisogno della reazione, sarebbe una opinione per se stessa falsa considerata in rapporto della necessità e della espressione filosofica dei fatti sociali, quando pure non si volesse osservare, ch'essa contiene un errore cronologico. Ed in vero è ben noto, che le intelligenze Tedesche si battevano già nel campo della scienza prima che i Francesi tumultuassero politicamente, o invadessero l'Europa: il 10 maggio 1788 è un'epoca pur troppo memorabile negli annali del dritto, e per i giuristi Tedeschi (1). È pure da osservare, che quante volte voglia riporsi ogni carattere e specialità della scuola storica nella opposizione contro la dominazione Francese, non potrebbesi fare a meno di considerare la scuola opposta anti-storica, come favorevole ad una tale dominazione. Ma è un fatto, che fa onore al sentimento nazionale doi dotti Tedeschi, che quando agitossi la quistione della indipendenza giuridica della loro patria, essi fecero tacere qualunque privata dissenzione, parlarono tutti il medesimo linguaggio, tutti disdegnosamente respinsero ed avversarono l'introduzione dei Codici Francesi in Germania (2). E Thibaut, che non può essere certo sospetto di parzialità per la scuola storica non rimaso indifferente, nè muto spettatore d'una tale quistione, e s'egli non si fè soldato al pari di Niebuhr (3), levò alto la voce, ed usò di tutta l'influenza del suo nome per avvocare e sostenere l'indipendenza morale e giuridica della sua patria (4).

III.

La prima opinione, che da la preferenza al metodo di codificazione sul metodo storico rappresentata principalmente da Bentham si compiace a ritrarre con colori oscuri ed anche esagerati le condizioni giuridiche d'un paese regolato dal dritto consuetudinario, e dopo avere presentato un quadro accorante dei rapporti giuridici d'un tale paese avvolti nel dubbio e nella incertezza, affidati alla fragilità della memoria e della tradizione, o ri-

» Romantica in letteratura. — I cultori di es» sa sostengono, che nel fondo la legislazione » è spontanea di sua natura, si svolge con il » tempo secondo che la necessità lo richiede » nei costumi. — Gans preceduto da Thibaut » à elevato opposizione alla scuola storica. Il » primo dalla filosofia di Hegel ne à dedotto » un sistema di leggi, le quali però sono il » risultamento dello stato di ogni popolo, in » cui riceve diversa applicazione il principio » generale. » È facile darsi ragione della confusione delle idee dello scritture Napoletano, sol che si consideri, che manifestamente egli le à attinte da Lerminier, ed a ciascuno è noto, quanta poca conoscenza avevasi in Francia della letteratura Germanica al tempo che questi scriveva, e con quanta leggerezza l'ingegno brillante dell'autore Francese sorvoli su tutte le materie senza approfondirne alcuna.

(1) Savigny, *Ragionamenti storici di dritto* v. III. p. 96. Trad. Ital.

(2) Savigny; *Della vocazione del nostro secolo per la legislazione: Critica del libro di Gönner sulla legislazione.* — Pfeiffer, *Idee sopra una nuova legislazione civile per gli stati Tedeschi.* — Almendigen, *Considerazioni politiche sul passato, sul presente e sull'avvenire della Germania.*

(3) *Memorie sulla vita ed importanza di Niebuhr*, nei Ragionamenti storici di dritto di Savigny, Trad. Ital. v. II. p. 102.

(4) Thibaut, *sulla necessità d'un dritto civile comune per tutta la Germania.* — Negli Annali di Eidelberga an. 1814. p. 404. 929. 1815 p. 622: 1816. p. 496. *Sulla scuola storica ed antistorica* p. 6.

messi all'arbitrio del magistrato, non vede altro mezzo di provvedimento e di salute che in un Codice generale, che sostituendo tutti gli altri elementi, sia e resti l'unica fonte del dritto. Un tal Codice poi sarebbe esso stesso modellato sul dritto razionale, che comunicandogli il suo carattere di universalità lo renderebbe applicabile a tutti i popoli, e superiore a tutte le differenze di tempo e di luogo. Che anzi secondo questa opinione sarebbe merito del legislatore elevarsi al disopra del suo tempo, e dei bisogni della sua patria, dimenticare le quistioni e la varietà delle dottrine dei giureconsulti del suo tempo, e perchè a ciò meglio adempia, torna utile, che il legislatore sia uno straniero. E preoccupata dalle sue astrazioni questa medesima scuola non vede altro ostacolo alla compilazione ed applicazione d'un Codice, che l'astio e l'avversione, l'ignoranza o l'inerzia dei giuristi, e riguarda coloro che non convengono nel medesimo pensiero come ingannatori o ingannati —. Questa opinione considera il dritto positivo non come il prodotto ed uno degli elementi della vita intima ed organica d' un popolo, ma astrattamente dalle condizioni storiche di tempo e di luogo, dal grado di civiltà e dello svolgimento del pensiero in generale ed in rapporto colla scienza del dritto. Secondo il suo modo di concepire il dritto, un Codice fatto per la Cina e le più antiche e differenti istituzioni del passato purchè formolate sopra un principio nazionale sarebbero egualmente applicabili ai bisogni presenti e per tutti i secoli a venire. Perchè una tale opinione fosse vera, sarebbe necessario, o negando la varietà e la successione storica modellare tutti i secoli, la vita di tutte le generazioni future e passate sopra un medesimo principio, e costringerle a seguire le medesime vie, o elevare i particolari della storia ad altrettante determinazioni assolute. Certo in fondo alla massa delle istituzioni esistenti o passate ed anche possibili si asconde e s'intravede sempre una idea razionale, che ne forma l'anima informatrice, e senza la quale non sarebbe possibile spiegarle ed anche comprenderle, giacchè è ad un tempo la ragione e la causa della loro esistenza. Ma fa d'uopo pure porre mente, che non tutto quanto si manifesta nella storia à un carattere necessario ed universale; che molti fatti nella sfera del dritto come in tutte le altre ànno una esistenza puramente storica e fenomenica, giacchè originandosi dai bisogni del presente si dileguano con questi; sicchè la scuola di Bentham per essere conseguente al suo principio ed alla sua inflessibilità dovrebbe o sconoscerli al tutto o elevarli ad altrettante regole assolute ed invariabili: nel primo caso si farebbe violenza ai bisogni del tempo, nel secondo sarebbe al tutto falsata la natura del dritto, e quella della storia in generale. Ed anche della idea razionale del dritto deesi contro la medesima scuola osservare, che finchè questa rimane astratta è fuori il campo della storia: stantechè per prendere una esistenza storica, le fa bisogno concretizzarsi, tradursi in altrettante istituzioni, le quali sebbene abbiano una fonte comune e mediata, emanano però immediatamente dallo spirito d'un tempo o d'una nazione, e ne riflettono il carattere e l'individualità. Ma siccome la vita d'una nazione per quanto fosse ricca e feconda di avvenimenti e di risultati non è per se sola bastante ad attuare il principio assoluto e generale della storia, ma è per così dire una scena nel gran dramma di questa, così pure l'idea razionale del dritto non si svolge intera e compiuta nella storia d'un sol popolo, per quan-

to questo fosse stato felice nello sviluppo e nell'applicazione di essa, ma soltanto in uno dei suoi momenti, e sotto quel rapporto, che meglio alle condizioni del tempo risponde. Da ciò proviene la varietà delle istituzioni, ed è questa pure la ragione, perchè le medesime leggi, benchè formolate tutte sopra un principio razionale, non si affanno a popoli differenti.

IV.

È merito speciale della scuola storica aver fatto rilevare ad evidenza questo intimo rapporto fra i diversi elementi della civiltà, fra uno di questi e l'insieme di quella. Una tale scuola à conseguentemente trattato il dritto consuetudinario più profondamente di qualunque altra, ed a' dimostrato, che se il pregio d'un dritto non debba nè possa essere giudicato astrattamente ed assolutamente, ma consiste nell'accordo di esso collo condizioni storiche e generali del suo tempo, il merito del dritto consuetudinario è sotto questo rapporto incontestabile essendo l'emanazione spontanea ed immediata di quella forza vitale, la cui specialità dicesi spirito nazionale (1). Essa à svolta nei particolari la verità delle parole astratte e generali di Mühlenbruch (2): « quo quidem jure nihil neque aptius ad hominum actiones dirigendas, neque potentius est ad jubendum vetandumque », osservando, che il dritto consuetudinario contiene in se e per sua natura due condizioni pur troppo desiderate, ma difficili a trovarsi ed a conciliarsi in una legislazione (3), l'elemento cioè di stabilità, e quello di progresso, stantechè esso esiste e si svolge in continuità e per intima forza, senzachè s'interrompa la tradizione; mentre per contrario le leggi, le quali emanano dalla mente del legislatore, oltre di essere alcune volte estranee ai bisogni sociali, non potendo avere, quand'anche ciò non fosse, che un legame mediato con questi, rimangono inflessibili dove tutto si muove all'intorno di esse, e sono condannate all'immobilità, finchè un mutamento improviso ed a sbalzi non sostituisca l'una legge all'altra. La medesima scuola assolve il dritto consuetudinario dall'accusa di essere un *jus incertum*, facendo osservare che l'incertezza del dritto può provenire da due cagioni esterne (4), delle quali la prima si è; che la forma della sua esistenza necessariamente lo sottragga alla conoscenza d'un numero di persone, che pur dovrebbero conoscerlo. Sotto un tale rapporto il dritto consuetudinario ed il legislativo distinguonsi nel seguente modo: il primo essendo una emanazione spontanea ed immediata, che non si manifesta in una forma generale, ma in singoli fatti, la cui ripetizione dicesi consuetudine, à conseguentemente e per sua natura il più alto grado di certezza per le persone, dalla cui coscienza emana. Il dritto legislativo per contrario à il suo principale fondamento sulla forma, che è destinata a portarlo alla conoscenza generale, sicchè quand'an-

(1) Puchta, *Teoria del dritto consuetudinario*. part. I. p. 220, Ediz. Ted.

(2) *Doctr. Pand.* 6. 37.

(3) Per maggiore chiarezza osservasi, che la parola *legislazione* è usata alcune volte per esprimere tutto il sistema di leggi d'un popolo, altre volte è limitata ad indicare uno degli elementi del dritto positivo, e particolarmente quello, che direttamente emana dal potere legislativo. Adoperandola noi in opposizione col dritto consuetudinario, va detto implicitamente, che l'intendiamo nel secondo senso.

(4) Non a caso diciamo *cagioni esterne*, giacchè l'idea e la fonte obbiettiva sì del dritto legislativo, che del consuetudinario essendo la medesima, le differenze fra l'uno e l'altro non possono essere che esterne e di forma.

che raggiungesse il medesimo scopo, il legislatore otterrebbe a forza di parole e di scrittura quello, che è necessaria ed immediata conseguenza della natura o della genesi del dritto consuetudinario. La seconda cagione della incertezza del dritto può provenire da un difetto di forma, quando questa lasci dubbio, s'esso continui o cessò di essere la regola determinante dei rapporti giuridici. Ed anche sotto un tale rapporto la scuola storica da la preferenza al dritto consuetudinario, osservando, che l'esistenza esterna di questo è in una connessione necessaria colla sua forza intima potendosi conchiudere dall' una all' altra, giacchè può ritenersi un principio di dritto consuetudinario come praticamente valido, finchè si manifesta nei costumi, e per contrario cessando la sua apparizione esterna dovrà dirsi cambiata l'idea giuridica. Tutt'altro avviene per il dritto legislativo: avendo questo una forma di esistenza indipendente dalla sua forza ed intima durata, una nuova regola può sostituire l'antica, quand'anche la forma e le parole di questa restino immobili ed intatte. Secondo la scuola storica infine quelle tre cause, « quae » controversiam in omni scripto facere possunt: ambiguum (quum scriptum ambiguum est, ut duae differentes sententiae accipi possint) discrepantia scripti et voluntatis, et » scripta contraria » non riguardano certo il dritto consuetudinario (1).

V.

Il Prof. Savigny, che fu il principale rappresentante della scuola storica, fu pure il più forte protagonista del partito di opposizione contro il sistema di Bentham. Delle sue ragioni contro il metodo di codificazione alcune sono generali, altre speciali e relative alle condizioni della scienza del dritto al suo tempo.—Stante la natura progressiva e mobile di questo come di tutte le cose umane un Codice, egli dice, non può mai essere nè rimanere un'opera compiuta e perfetta, e molto meno sarebbe possibile, ch'esso sostituisca o tenga le veci di qualunque altra fonte del dritto. Se ciò avvenisse, e quindi l'intelligenza dei giuristi si adusasse a considerarlo come l'unico obbietto dei loro studii, sarebbe inevitabile, che la scienza del dritto non vada sempre più peggiorando e decadendo, giacchè l'opera d'imitazione è sempre meno profonda e vera della cosa istessa imitata. Così, continua ad osservare il medesimo Autore, i primi Glossatori si ebbero il vantaggio di attingere immediatamente dalle fonti, ma perchè la scuola di Bartolo studiò sugli scritti dei Glossatori, è perciò, che rimase di molto inferiore al merito dei primi—. Queste due obbiezioni, che pur troppo sono confermate dalle condizioni presenti della scienza del dritto in Francia, dove sin dalla pubblicazione del Codice non apparvero che sterili commentarii, nei quali si spera invano un'aura di scienza o di sistema, non sono scientifiche nè risultano come immediata e necessaria conseguenza da un tal fatto. Sono certo possibili, ed alcune volte anche reali; ma non crediamo che un falso modo di considerare una istituzione, e l'abuso di essa sieno bastanti ragioni per farne a meno, o per non trarne quel vantaggio, che ci è lecito sperarne. A queste obbiezioni generali il Giureconsulto Tedesco aggiunge riflessioni più speciali. Egli critica l'erroneo metodo seguito per la formazione dei Codici in quei paesi, che ne sono regolati, traendone due conseguenze, del-

(1) Puchta, *Teoria del dritto consuetudinario*, v. 1. p. 200.

le quali la prima pur troppo vera ed inevitabile si è, che da un metodo imperfetto non potevano provenire, che risultati imperfetti, e l'altra è quella della poca vocazione del nostro secolo per la legislazione. La quale ultima conseguenza non è nè giustificata nè logica, giacchè potrebbesi ragionare appunto all'inverso del giureconsulto Tedesco, osservando, che se da un falso metodo nella formazione dei Codici seguirono opere imperfette invero, ma non al tutto spregevoli, quanto di meglio non potrebbesi sperarne tenendo altre vie e rimanendo pure le medesime le condizioni storiche e letterarie della scienza del dritto?

VI.

Questa quistione così considerata astrattamente potrebb'essere protratta all'infinito, e quand'anche si formassero volumi interi enumerando i difetti di questo o di quel metodo, non si avrebbe altro risultato che quello di pruovare la verità delle parole di Le Sage nel suo *Diavolo Zoppo: ce qu' il y a d'admirable dans la science des lois, c'est qu'elle fournit des armes pour et contre*. Ma un giudizio astratto ed assoluto sul dritto positivo, sul metodo di applicazione e su tutte le quistioni, che vi si rapportano, è sempre falso ed impossibile; giacchè tutti questi elementi essendo in un rapporto immediato e necessario colle condizioni dei tempi e dei popoli, nei quali sorgono e si svolgono, seguono il destino e le vicende di questi, e non possono essere considerati astrattamente. Sicchè per coloro, i quali ànno il segreto dello spirito e del movimento della storia, non riesce difficile comprendere, perchè un sistema di leggi che fece il sublime della grandezza d'un popolo, riesca inutile ed anche dannoso per un altro.

VII.

Senza farci arbitri fra due opinioni sostenute dalle più forti intelligenze, del cui nome si abbella l'ultima pagina della storia letteraria del dritto, esporremo su questa quistione un pensiero proprio, al quale mancando ogni altro pregio, ci auguriamo, che non si negherà quello della novità. Noi dunque formoliamo nel seguente modo la quistione: qual'è l'espressione e la verità di questi due gran fatti, della tendenza a generalizzare, o della nostra simpatia verso tutto quanto particolarmente e concretamente esiste come passato o presente? sono essi due bisogni della natura umana, sicchè non sia lecito senza falsar questa sconoscer l'uno o l'altro, o pure due creazioni puramente subbiettive del concepimento astratto dei dotti?

VIII.

Perchè le idee e le leggi particolari non possono essere logicamente spiegate che con idee e leggi più universali, credemmo necessario in un altro lavoro (1) brevemente stabilire l'intimo legame fra la civiltà ed uno dei suoi elementi, qual'è il dritto, fra la storia generale di quella e la speciale di questo per darci ragione della esistenza della scuola storica e filosofica giuridica, e ritrarne un criterio per giudicare l'elemento di verità e di errore di ciascuna di esse. Ora ci è forza tenere il medesimo metodo per dedurre da una legge generale della storia un giudizio sulla quistione che ci occupa.

Quando io era fanciullo, dice S. Paolo, aveva parole di fanciullo, sapere e pensieri da fanciullo: fatto uomo de-

(1) Savigny, *Ragionamenti storici. Discorso prelim.* del trad. p. XXIV. e segu.

posi tali pensieri, parole e sapere, ed altri e diversi ne presi. — E perchè i popoli e l'umanità istessa non possono avere natura differente da quella degl' individui, dai quali si compongono, saranno quindi soggetti alla medesima legge: sicchè le arti, le discipline, le scienze umane e tutte le manifestazioni della vita di essi non sono di ogni età nè di ogni epoca, ma ciascuna à il suo momento proprio, il suo tempo particolaro. I momenti, in cui distinguesi la vita degl'individui, delle nazioni e dell'umanità, e nei quali prendono posto e si collocano le diverse manifestazioni della civiltà, possonsi ridurre a due, senza tener conto di tutte le gradazioni e differenze che succedonsi in ciascuno di essi o nel passaggio dall'uno all'altro, e sono i momenti della giovinezza e dell'età matura, se si considerino fisicamente, considerati subbiettivamente sono quelli della spontaneità e della riflessione; ciascuno dei quali segna un periodo speciale nella vita degl'individui come in quella dei popoli, o produce effetti e manifestazioni proprie, e conformi alla origine, dalla quale emanano. A noi non fa bisogno soffermarci lungamente a pruovare la verità storica e psicologica d'una tale proposizione, giacchè l'esperienza giornaliera ed anche la più leggiera considerazione della storia basterebbero a farne persuasi coloro, che ne disconvenissero, se già non fosse scientificamente addimostrata, ed anche formolata in sistema, essendo questo il punto, sul quale maggiormente brilla l'ingegno profondo del Vico, e forma il pregio più eminente della Scienza Nuova. Il fanciullo, egli dice, ammira ogni cosa, perchè ignora ogni cosa: pieno di memoria e felice imitatore la sua imaginazione è potente in proporzione della incapacità di astrarre: i suoi sentimenti sono determinati dal centro in cui si aggira, e dagli oggetti particolari nei quali si scontra, nè vanno al di là di questi, la vista cioè dei parenti, degli animali, del mare, del cielo, o da questi pure provengono tutte le sue emozioni di amore e di gioja, di timore e tristezza. Le sue idee non procedono dall'attività libera del pensiero, ma sono determinate dai suoi sentimenti, sono la reazione, la semplice riflessione degli oggetti esterni. Tali furono i primi uomini, tali sono i popoli nel loro periodo di giovinezza; questi non ànno altra facoltà attiva ed in esercizio che la fantasia, la quale forma di tutta la natura un vasto corpo animato e soggetto alle medesime passioni al pari di loro; non ànno altre idee che quelle degli oggetti particolari e visibili, che li circondano, non riconoscono altra esistenza che la propria: per essi uno straniero è un nemico: le loro storie sono altrettanti vanti nazionali, « sono i monumenti della parzialità di ciascuna nazione per se stessa (1) »: non ammettono la possibilità di esser vinti da un Gallo, e creano la favola di Camillo. Non potendo, diceva Vico, elevarsi fino al vero, si attengono al certo: incapaci a concepire le idee astratte le personificano; così i Romani dicevano *lar* il dominio della casa, *dii hospitales* la ragione dell'albergo, *dii penates* la patria potestà, *deus genius* il dritto del matrimonio, *deus terminus* il domiuio. Le loro menti troppo deboli per fare degli universali intelligibili, ne fanno degli universali fantastici; ed Omero, Orfeo, Achille e Romolo per tacere di molti altri sono altrettanti tipi e creazioni di simile ragione.

IX.

È questo il primo periodo della vi-

(1) Zimmermann, *dell'orgoglio nazionale*.

ta umana, sono queste le sue manifestazioni. Ma le nostre conoscenze si moltiplicano con ciascun giorno: ogni novello istante depone un nuovo germe nella nostra intelligenza; un passo, uno sguardo valgono a gravare mille ricordanze nella memoria: le passioni, i sentimenti e le idee esercitando l'una sull'altra un'azione e reazione reciproca eccitano novelle idee, nuovi sentimonti, novelle passioni. Come lo forze fisiche aumentano e s'induriscono coll'uso e coll'esercizio, così la mente col soffermarsi più volte sui medesimi oggetti si abitua all'attenzione, e col vedere nuove cose altri luoghi ed altre genti, a mano a mano si allarga e si afforza in modo, che successivamente comincia ad astrarsi dalla materia, a concepire gli obbietti indipendentemente dalla loro presenza, facendone per così dire altrettante creazioni subbiettive, a formarsi idee più larghe e generali. Quando soddisfatto è il primo bisogno di spaziare esternamente e di conoscere gli oggetti, che ci circondano, quando la mente è stanca di queste corse bizzarre e capricciose, essa cerca il riposo ripiegandosi sopra se medesima, e raccolta in se stessa ritorna a considerare quegli oggetti, che nel primo movimonto aveva appena sfiorati colla vista. Appunto questo momento di riposo e di ritorno della mente umana sopra se stessa costituisce il secondo periodo della vita degl'individui e delle nazioni, quello della riflessione.

X.

Un tale successivo passaggio dalla spontaneità alla riflessione, dal concreto all'astratto, dal particolare all'universale, che si manifesta in grande nel corso dell'umanità, è osservabile nella storia particolare d'ogni scienza, arte o disciplina. E questo appunto forma il bello ed il ritmo armonico della storia, che le sue leggi generali si applicano con maggiore precisione sebbene in proporzioni meno larghe e vaste ad ogni elemento speciale di essa. Così è stato ripetuto sovente, che la vita spirituale dei popoli non comincia dalla riflessione, nè dalle scienze astratto ma dalle arti che sono il prodotto dell'immaginazione. Però siccome questa è una facoltà composta, che risulta dall'accordo della ragione e della sensazione, somministrando la prima l'elemento ideale, rappresentandolo l'altro sotto forma sensibile, e perchè il temperamento di questi due elementi non è uguale in ogni tempo nè in ciascuna delle arti, così anche queste si manifestano successivamente, essendo facile tracciare *a priori* la loro origine ed ordine cronologico secondo il grado di civiltà ed il maggiore o minore predominio dell'uno o dell'altro elemento. La sola poesia in rapporto colle altre arti sembra sottrarsi all'impero di questa legge; giacchè nello stesso tempo che la sua forma pareggia quella delle arti più concrete, è essa però la meno materiale di tutte: se da una parte parla direttamente ai sentimenti ed al cuore, dall'altra col semplice mezzo della parola costruisce, dipinge, scolpisce, ed imita con questa la melodia della musica: può dirsi il centro di tutte le arti, l'arte per eccellenza. Ma se ciò è vero della poesia in rapporto colle altre arti, considerata però in se stessa è pure soggetta nelle sue creazioni e manifestazioni storiche alla stessa legge, segue un medesimo processo, passando successivamente dal fantastico all'ideale, da una rappresentanza sensibile ad una più astratta, dall'espressione obbiettiva alla subbiettiva. Ognuno certo distingue i poemi d'Omero, di Niebelungen, e la divina Commedia dai canti

di Leopardi, di Byron, e di Klopstock.

XI.

Può osservarsi il medesimo delle lingue, giacchè anche queste procedono dal simbolo all'espressione astratta, e la scrittura seguendo un movimento analogo, e passando dall'imitazione delle cose ai segni, dai segni al ritrovato dell'alfabeto, raggiunge successivamente l'ultimo grado di astrazione limitandosi alle 24 lettere alfabetiche della nostra scrittura.

La filosofia istessa, che è pura e superiore ad ogni elemento materiale, che vede e studia le idee nella loro essenza ed astrazione e non a traverso i segni esterni, che à per missione di riconciliare il pensiero con se stesso, segue il medesimo processo, per quanto la propria natura lo permette, passando da una forma alquanto sensibile ad un'altra al tutto astratta. Le prime opere della filosofia Greca a cominciare da Zenone fino a Platone ànno qualche cosa del drammatico nella loro forma del dialogo. I libri della scolastica Araba ed Europea presentano un seguito di dimande e risposte, ed anche in difetto d'interlocutori sono scritti per tesi ed antitesi, sono pruove e contro-pruove, onde a ragione furono caratterizzati come altrettanti processi verbali delle discussioni. Nel Medio Evo tutte le idee retrocederono verso i simboli: le formole scolastiche furono per la filosofia quello, che le *actiones legitimae* per la giurisprudenza; come queste erano altrettanto precauzioni per far valere il dritto, così quelle furono mezzi indispensabili per garantire il pensiero. Le *claves magnae*, e le *formulae logicales*, che ci fanno spavento oggi giorno, non furono oziose a quel tempo, furono i veri istrumenti del pensiero, una indispensabile garantia della precisione materiale delle dispute: e l'intelligenza moderna, che fiera di tutta la sua elevatezza ed astrazione si ride di quelle o le prende a sdegno, à torto di non riconoscere in esse il germe e la condizione necessaria d'ogni suo ulteriore progresso, e si assimiglia a quei viaggiatori, che visitando straniere contrade si fanno le meraviglie d'udire i fanciulli parlare la lingua natìa.

E prendendo in considerazione la filosofia della storia, che à per obbietto il tipo ideale, su cui si modella la successione storica, e che è l'ultimo grado di astrazione, al quale si è elevata l'intelligenza umana, osservasi pure il medesimo passaggio, la stessa legge. Essa comincia dalla considerazione dei fenomeni esterni per finire alla gigantesca astrazione di Hegel. Bacone nelle sue considerazioni sul movimento e sul progresso della storia fa astrazione dai sentimenti e dalle idee, che sono la vita intima dell'umanità, non vede le leggi, che creano l'ordine nel tumulto e nella varietà degli avvenimenti, e regolano l'azione e reazione dei principii, ma si arresta alla osservazione della natura fisica e dell'attività esterna e materiale dell'uomo. Per lui ogni perfezionamento delle facultà umane riducesi ad osservare ed imitare il misterioso lavoro della natura, nel fare mille scoverte ed invenzioni, nel regolare e riprodurre quei felici azzardi, dai quali ci provennero tanti felici risultati. Ma il pensiero umano *crescit eundo*. Macchiavelli e Vico concepiscono la teoria delle nazioni, e senza arrestarsi alle differenze speciali presero a studiare un periodo della civiltà, o la storia d'un sol popolo elevandola a tipo comune della civiltà e della storia generale: finchè dalla teoria delle nazioni il pensiero astratto e riflessivo dei filosofi elevossi a quella più vasta ed universale dell'umanità.

Percorrendo col medesimo proposito gli elementi più particolari della civiltà si vedrebbero tutti modellati sulla medesima legge, e si troverebbe che Vico aveva ben ragione, quando egli distingueva tre specie *di nature*, *di costumi*, *di dritti naturali*, *di governi*, *di lingue*, *di ragioni*, *giudizii*, *e di tempi*, delle quali le due prime specie, che secondo lui sarebbero la divina e l'eroica, rispondono al momento della spontaneità, e l'ultima ossia l'umana segna il periodo della riflessione.

XII.

Il dritto positivo è anch'esso uno degli elementi della civiltà: esso dunque non potrà essere regolato da una legge differente da quella, che non assegnammo allo sviluppo delle altre attività dello spirito umano. Nel primo periodo, in quello cioè di giovinezza e di spontaneità, il pensiero troppo debole per elevarsi al concepimento d'una regola astratta di dritto, la intravede ed applica senza averne coscienza nei casi particolari e concreti sotto forme egualmente particolari e concrete non distinguendo l'elemento ideale dal sensibile e simbolico. In questo periodo la legge è tutta particolare, e non ancora si è elevata all'astrazione ed alla universalità d'uno principio e d'una verità, che domini i casi di applicazione: le regole di dritto sono vestite di finzioni e di formole, le quali non possono aver nulla di generale, ma sono necessarie per parlare ai sensi: la giustizia infine consiste nella rigorosa osservanza di certe pratiche e cerimonie, il cui adempimento è condizione necessaria perchè gli atti fossero *legitima*, ed i testamenti *justa*. Una tale specialità del dritto dei primi tempi è scolpitamente espressa nelle parole del Vico, quando dice: « che il dritto Romano fu un serioso poema, e l'antica giurisprudenza fu una severa poesia »: il medesimo ci è fatto osservare da uno storico Tedesco per il dritto primitivo della Germania (1) e da Michelet per l'antico dritto Francese (2). Nel Medio Evo, che segna nella storia moderna il periodo di *ricorso* della barbarie, ripetonsi pure i medesimi fenomeni come nelle altre sfere dell'attività umana così anche in quella del dritto. Chi avesse potuto assistere ad una vendita fatta a questo tempo, avrebbe creduto vivere al primo periodo della storia Romana: il venditore porgeva all'acquirente un pugno di terra e di erba, che rappresentava la cosa venduta, quindi cedeva dal fondo, dando in tal modo a divedere di lasciarne libero il possesso al compratore. Che la necessità di queste formole fosse intimamente radicata nella coscienza del publico, lo pruova il seguente brano d'una lettera d'Innocenzo III. scritta alla fine del dodicesimo secolo: « si vero aliquis possessiones aliquas claustris, vel aliis religiosis locis in bona valetudine vel ultima voluntate, pro suorum vult remedio peccatorum conferre, hanc conferendam formam esse proposui. quod in hujusmodi donationibus modicum terrae consuevit in manu accipere, super altare ponendum sub testimonio videntium. Discretioni vestrae mandamus quatenus donationes, quae claustris conferuntur, faciatis irrevocabiliter observare, cum hujusmodi signum non tam factae donationis, quam traditae possessionis sit evidens argumentum. Generalizzando questo fatto a tutti i rapporti giuridici si avrà il dritto primitivo dei primi tempi.

Alcuni troveranno forse troppo generali e vaghe le idee, che noi abbia-

(1) Grimm, *Antichità Tedesche.*
(2) *Storia del dritto Francese.*

mo svolte nelle pagine precedenti, nè scorgeranno sulle prime qual rapporto possano avere colla quistione, che ci occupa. Ma se questi ponessero mente, che una idea non può spiegarsi altrimenti, che con un'altra più generale, che una legge storica particolare si giustifica ed à la sua ragione nelle leggi universali della storia, che il processo logico d'uno degli elementi sociali non può essere determinato altrimenti che da quello più vasto o grandioso della civiltà, sentirebbero essi pure la necessità del metodo da noi seguito, o troverebbero già risoluta la quistione. E come tale noi la consideriamo, sicchè ci basteranno poche parole per la soluzione compiuta di essa almeno in quel senso, che noi la intendiamo.

Abbiamo osservato, che carattere proprio del primo periodo è la spontaneità e la specialità, del secondo la riflessione e la generalità. Se ciò non è dubbio, ne segue che il dritto consuetudinario è proprio d'un periodo, la legislazione dell'altro: giacchè il primo è quello ch'emana spontaneamente dalla coscienza nazionale, e non potendo avere una forma astratta è strettamente incarnato nei casi particolari, e si manifesta agli atti ed agli usi esterni. Il dritto legislativo per contrario è il prodotto d'una intelligenza, che riflettendo in se lo spirito e lo opinioni predominanti dol tempo, facendo tesoro dei materiali della tradizione storica, prendendo in considorazione le condizioni presenti, ed in certo modo divinando i bisogni futuri li traduce in una formola logica, comprendendoli tutti sotto regole e categorie generali ed astratte.

A questo pensiero, che ci è somministrato dalla filosofia della storia, risponde egualmente la realtà storica. I popoli nel loro periodo di barbarie non ànno leggi scritte molto meno dei codici. Ma perchè è pure indispensabile, che avessero delle leggi, altrimenti sarebbe impossibile la loro esistenza sociale, e mancherebbe per così dire il cemento che li mantiene uniti, e perchè non possonsi concepire altre fonti del dritto che quelle da noi indicate, le loro leggi sono e furono sempre consuetudinarie. Quando Solone dettava leggi per la Grecia, era questa non più barbara, ma rigogliosa di giovine vita. Al tempo in cui scrivevano i grandi giureconsulti classici, lo spirito della civiltà Romana era già spento, e la società in decadenza conservavasi contro l'urto delle novelle vicende sociali per quella forza di durata e di opposizione, che le veniva dal semplice fatto della sua esistenza e grandezza passata. Che anzi in un tempo, in cui tutto rovinava ed ammiserivasi, questi medesimi giureconsulti furono e rimasero i soli rappresentanti e testimoni dell' antica grandezza Romana. Non si creda però, ch' essi operavano per astrazioni, ma travagliavano sopra un terreno già preparato, formolando scientificamente quei materiali, ch'erano il prodotto del dritto Pretorio o consuetudinario. Sicchè nella storia del dritto Romano sono distinti meglio che in qualunque altro i due momenti quello della spontaneità e della riflessione, del dritto consuetudinario e della legislazione: che anzi questa invece di prendere una posizione assoluta ed indipendente, si mostra sotto la forma umile o rispettiva di semplice *interpetrazione*. Il fatto dell'adozione del dritto Romano dallo nazioni moderne nel Medio Evo non distrugge, nè anche affievolisce la verità delle precedenti riflessioni: giacchè in Francia il dritto Romano conservossi sempre come dritto consuetudinario, e la divisione delle province meridionali e settentrionali in paesi di dritto scritto e

consuetudinario, non rispondo alla natura di quei tempi, ma è improntata dalle idee sistematiche moderne. L'Alemagna non adottò il dritto Romano che dopo una lotta lunga ed animata: non fu questo un cambiamento istantaneo ed improviso, ma un travaglio lento e progressivo. La stessa Italia, che è il terreno su cui fecondossi e prosperò il dritto Romano, e sul quale fu perenne e continua la sua influenza, non seguì nel Medio Evo un tal dritto come ragione scritta, ma come dritto consuetudinario: e mentre i giureconsulti del dodicesimo secolo si travagliavano sulla scienza del dritto communicandole un urto, che fu la causa principale d'ogni suo ulteriore progresso e movimento nella storia moderna, i comuni Italiani vi protestavano contro compilando i loro statuti municipali, che non furono certo un lavoro di legislazione o d'intelligenza astratta, ma una semplice collezione e redazione dei loro costumi e delle loro consuetudini (1). Che anzi il fatto dell'adozione del dritto Romano nel Medio Evo è la manifestazione più alta e generale del dritto consuetudinario presso le nazioni moderne: «è questo (osserva un giureconsulto Tedesco) un grande spettacolo, che ci rivela lo spirito della civiltà moderna. Osservando queste nazioni adottar tutte un dritto originatosi presso un popolo, col quale alcune di esso non avevano nè anche una comunanza di origine, si riconosce, che i popoli moderni non sono fatti come quelli dell'antichità a sostenere una posizione profondamente distinta ed isolata, ma che la religione Cristiana le unisce con un vincolo invisibile senza però cancellare i tratti essenziali del loro carattere nazionale ».

Se non è dubbia la verità delle precedenti riflessioni, torna inutile astrattamente investigare quale dei due metodi il consuetudinario e storico, o il legislativo sia preferibile all'altro, giacchè quand'anche si riuscisse ad enumerare compiutamente le difficoltà o gl' inconvenienti tutti dell'uno e dell'altro, nulla si sarà provato, ed irresoluta rimarrebbe sempre la quistione, avendo ciascun di essi un'epoca propria, la sua necessità e ragione nelle condizioni storiche e nel grado di civiltà del tempo. Resta dunque a deffinire il solo fatto, se il nostro secolo favorisca meglio l'uno anzichè l'altro dei due metodi, ossia se il nostro spirito trovisi nel momento della spontaneità o in quello della riflessione. Ridotta a questi termini la quistione, non mi par dubbio, che non debbasi risolvere a favore del metodo legislativo, quando si prenda in considerazione tutto il progresso anteriore della civiltà in generale, ed il grado di elevatezza e di sviluppo, che à raggiunto ogni altro elemento di questa. E se ciò è vero delle altre scienze ed anche delle arti, non comprendiamo perchè debba negarsi per il dritto, che interessando più immediatamente e da vicino l'esistenza dell'uomo, è necessariamente obbietto d'una maggiore attività intellettuale, ed è quindi molto più difficile, che cada in abbandono, o che almeno non si svolga armonicamente con tutta la vita storica e con ciascun membro organico di questa. Ma si

(1) Questi Statuti furono tutti compilati nel periodo del XII fino al XVI secolo.

I principali sono quelli di Pisa, Verona, Milano, Ravenna, Mantova, Urbino, Pesaro, Orvieto, Ferrara, Velletri, Piperno, Forly, Roma, Fano, Tivoli, Gubbio, Pavia, Asti, Vercelli, Piacenza, Padova, Arezzo, Massa, Firenze, Carrara, Bergamo, Venezia, Lucca, Ancona, Pistoja, Napoli, Gaeta, Capua, Bari, Cuma, e della Sardegna.

Sullo spirito e sulla estensione degli Statuti municipali Italiani veggasi Gans, *Il dritto di successione nella storia Italiana* p. 56-126. Trad. Ital.

andrebbe errato, se dalla opinione della maggiore convenienza del modo di codisfazione ai tempi nostri, si volesse conchiudere alla esclusione dell'altro. Come nelle altre sfere dell'attività intellettuale non perchè queste trovinsi nel periodo della riflessione mancano però manifestazioni spontanee, o che sarebbero piuttosto proprie del prime, così anche per il dritto, per quanto comprensivo potesse essere un Codice, per quanto elevata e vasta l'intelligenza del legislatore, vi saranno sempre rapporti e bisogni particolari e locali, che sfuggiranno alla sua attenzione sintetica, e che abbisognando nondimeno di essere soddisfatti e regolati, eserciteranno sempre l'attività della coscienza nazionale, e saranno obbietto ed occasione del dritto consuetudinario (1).

XIII.

Thibaut fu rappresentante in Germania della prima opinione. Mentre Savigny sosteneva la *poca o niuna vocazione del nostro secolo per la legislazione*, egli dimostrava la *necessità* e l'*utilità d'un Codice civile e generale* Tedesco, il quale doveva essere il prodotto della intelligenza o del lavoro di tutti i dotti giuristi della Germania senza tener conto delle differenze, che nel seno istesso di queste generaronsi coi secoli, con una storia, una tradizione, ed una geografia diversa: giacchè secondo lui tali differenze, che sono di tanta importanza nel concetto di alcuni, non sarebbero le conseguenze della diversità delle condizioni esterne, o delle disposizioni interne naturali, ma si dovrebbero attribuire piuttosto ad un male avvisato egoismo ed al semplice capriccio. Che anzi per meglio precisare la sua opinione crediamo utile tradurre e riportare le sue proprie parole. « Fra le obbiezioni, egli dice, che si potrebbero attendere dagli studiosi del dritto, quella sembra la meno erronea, che il dritto debba accordarsi collo spirito speciale d'un popolo, col tempo, col luogo, o con tutte le sue condizioni storiche; sicchè un Codice generale per tutti i Tedeschi non potrebb'essere attuato senza una violenza sì poco naturale, e senza un danno positivo: e molti sono i sostenitori di questa obbiezione. Quanto sovente non ci è toccato udire sin dal tempo di Montesquieu, che il dritto debba modificarsi secondo le condizioni storiche, il suolo, il clima, il carattere delle nazioni, o mille altre combinazioni. Che anzi per una tale considerazione non si è mancato giudicare ogni elemento del pensiero come buono o cattivo, giusto o ingiusto, a seconda che si uniformi, o discordi con ciascuna di queste condizioni. Io credo erronea questa opinione, o la considero come originatasi da un difetto d'un vero criterio giuridico: con essa confondesi tutto quanto è apparenza con quello che può e che essere secondo la ragione. Quando l'uomo si lascia governare dal suo capriccio e dal suo egoismo, e cede ad ogni menomo ostacolo, e da ciò derivino principii ed istituzioni, le conseguenze si potrebbero invero facilmente spiegare, ma non perciò possonsi dire giustificate. — Si prendano in considerazione le sin-

(1) I Romani, ingegni eminentemente conciliativi, e nel cui sistema di leggi trovansi divinate ed in gran parte col semplice senso pratico risolute le più difficili quistioni della scienza, avevano una istituzione, che conciliava il dritto consuetudinario colle leggi scritte, temperava il rigore dell'elemento civile con quello più vasto ed umanitario del dritto delle leggi, e scioglieva nel fatto l'ardua quistione del passaggio dall'astratto al concreto e dell'applicazione di quello ai bisogni reali. Una tale istituzione era quella del Pretore, il cui Editto Pretorio era l'organo e l'istrumento d'una tale missione.

gole parti del dritto Romano: molte di esse sono per così dire una specie di matematica pura, sulla quale nessuna località può esercitare una influenza decisiva, come la dottrina della proprietà, del dritto di successione, del sistema ipotecario, dei contratti, e tutto quanto si appartiene alla parte generale della scienza del dritto; ed anche nelle dottrine, sulle quali l'individualità umana sembra maggiormente influire; si troverà sempre una opinione, che sarà la più vera » (1). Dopo il già detto non crediamo necessario arrestarci a dimostrare quello che vi à di vero o di falso in questo modo di considerare il dritto. Non possiamo però non appuntare l'Autore d'una certa contradizione, giacchè proclamando la necessità d'un Codice proprio per la Germania, perchè appunto le principali materie del dritto Romano come per esempio quella della proprietà, del dritto di successione, il sistema ipotecario, poco si avvengono ai bisogni ed allo spirito Tedesco, e se infatti queste materie sono differenti nel concetto ed anche nella legislazione dei popoli moderni da quello che erano presso gli antichi, ed affermando che la sola ragione astratta sia quella che giustifica le istituzioni, essendo questa la medesima ed immutabile dapertutto, dovrebbesi conchiudere che o i Romani o i moderni seguano principii falsi ed erronei. Ma se l'intelligenza moderna nello stesso tempo che à seguito per queste materie principii differenti, non à però condannato il sistema e le idee Romane intese secondo lo spirito ed il pensiero del popolo Romano, è forza conchiudere, che oltre la ragione astratta siavi un altro principio, che serva di criterio per i giudizii storici e per quelli particolarmente che riguardano l'origine e l'esistenza delle istituzioni. Se ciò non fosse, il nostro giudizio su tutto il passato sarebbe e dovrebbe essere una perenne e ripetuta condanna. Per altro, che una opinione più conciliatrice sia quella che predomina oggi giorno in Germania temperando l'un metodo coll'altro, e non sconoscendo la necessità di associare l'elemento storico all'ideale, ci valgano di pruova le parole di Savigny, che sebbene principale sostenitore e rappresentante della scuola storica si è piegato ad idee meno esclusive e parziali e con quella lealtà che è propria dei dotti Tedeschi non à sdegnato dichiararlo. « Noi vi scorgiamo (nel dritto) due elementi, l'uno individuale e particolare a ciascun popolo, l'altro generale e fondato sulla natura comune dell'umanità. Questi due elementi sono riconosciuti scientificamente dalla storia e dalla filosofia del dritto. Fra gli autori, che presero ad approfondire la natura del dritto molti lo considerarono come un'idea assoluta senza abbadare alle forme ch'esso prende nella sua applicazione pratica, ed alla influenza di queste forme. Quegli stessi, che ànno presa la realtà del dritto ad obbietto dei loro studii non riconoscendo che un solo di questi due elementi sono stati condotti ad opinioni esclusive e parziali. Così gli uni riguardando il contenuto del dritto come cosa indifferente ed accidentale si arrestano ai fenomeni ed alle apparenze, gli altri elevano al disopra del dritto positivo un dritto assoluto, che tutti i popoli potrebbero adottare sostituendolo al proprio : questi riducono il dritto ad un'estrazione senza vita, quelli sconoscono la dignità della sua missione. Si evita questo doppio scoglio assegnando al dritto uno scopo generale, che ogni popolo è chiamato ad attuare storicamente. Le quistioni animate,

(1) Thib. *Della necessità* d'un Codice civile generale Tedesco, p. 56.

che agitaronsi a questo proposito, giovarono a chiarire la verità, sebbene sovente l'uno o l'altro dei due elementi sia stato sagrificato al calore della discussione. Ma non può negarsi, che anche nella ricerca consacrata in apparenza ai dettagli non possa mostrarsi l'intelligenza dell'insieme, ed un elevato sentimento delle istituzioni del dritto, come pure che le investigazioni generali ed astratte possono essere vivificate dalla comprensione della vita storica dei popoli. Se mettendo da banda tutto ciò che tiene allo spirito di partito, cosa vana e peritura, si esamini il progresso scientifico del nostro tempo, si riconoscerà di buon grado, che le opinioni contrarie tendono ad avvicinarsi, e che noi siamo sulla via del progresso (1).

XIV.

Una opinione più conciliatrice fu quella di Thibaut relativamente alla quistione della importanza presente del dritto Romano, o dell' uso e del vantaggio, che se ne possa trarre. Certo colui che sosteneva la necessità d' un Codice generale Tedesco non poteva opinare per la sufficienza compiuta ed esclusiva del dritto Romano per i bisogni presenti, nè proclamarne la convenienza come dritto vigente. Ma con ciò non va detto, ch'egli avesse in non cale la storia del dritto, o ignorasse o mostrasse ignorare tutti i pregi del dritto Romano, ed i vantaggi che se ne potrebbero trarre per la scienza e la legislazione: l'Autore del *sistema delle Pandette*, e dei *Trattati di dritto civile* non potrebbe essere sospetto d'un tale dispregio e di tanta ignoranza. « Il dritto Giustiniano, egli dice, non risponde nelle sue parti pratiche al nostro carattere ed ai bisogni del tempo: falsi rapporti conjugali e della patria potestà, una trista e non basata proprietà, un sistema ipotecario che esclude ogni garantia, un dritto ereditario contro natura, e che si perde in sottigliezze e conseguenze erronee, l' importante dottrina del possesso e della prescrizione parte incompiuta, parte erronea, non possono certo convenire ai nostri bisogni. A ciò aggiungansi due idiomi morti e stranieri, che danno occasione a cavilli ed errori, e convertono per il povero cittadino la lite in un giuoco di lotteria, esponendolo all' arbitrio di difensori avidi o pigri, e di magistrati in gran parte ignoranti. Anche Leibniz à riconosciuti i difetti del dritto Giustiniano (2) ».

« Ma, egli soggiunge nelle pagine seguenti, non perchè alcun ambisce qualche cosa di nuovo, perde perciò la conoscenza dell'antico; in che potrebbe sedurlo il suo cattivo genio, che non possa convenientemente spiegare il passato, sol perchè tende a qualche cosa di meglio? Avvi forse un sol uomo, che sia intelligente del dritto, e basta pure che sia un poco ragionevole, che sol perchè desideri un avvenire migliore, non voglia nulla sapere del senso e dello spirito dell'antichità? Io non conosco alcun giurista, che si avvisi in tal modo; e quando alcuno mi rappresenta come un freddo ammiratore del passato, sol perchè io spondo la mia parola per una migliore e novella legislazione, sarebbe questo inconcepibile, se pure in tutti i giorni non si vedesse quanta influenza possano avere sull'animo umano alcune miserabili ragioni. È la più turpe menzogna, quando si afferma, che io disprezzi la storia del dritto ».

(1) Savigigny, *Sistema del dritto Romano moderno*, p. 62. Ediz. Ted.

(2) Thibaut, *sulla scuola storica, ed antistorica*, p. 8.

XV.

Un' opera letteraria o scientifica, come qualunque prodotto dell'intelligenza, riflette sempre e necessariamente il pensiero di colui, che ne è l'autore; ed il lavoro seguente sul Codice civile Francese è quello, in cui meglio che altrove s'incarna l'opinione di Thibaut sulle quistioni sopra indicate.

Il Codice civile Francese è stato l'obbietto da una parte di encomii e lodi esagerate, o dall'altra d'una critica troppo severa, secondo il modo di pensare e le tendenze intellettuali di coloro, che lo presero a studiare, ed a giudicarlo. I Francesi, il cui spirito è sommamente pratico, furono colpiti dall'ordine esterno delle sue materie, dalla chiarezza delle sue disposizioni, dalla precisione e dalla facilità dell'esposizione, e considerandolo come il capo-lavoro delle produzioni umane fra tutte quelle di simil ragione, lo scambiarono colla scienza istessa, e prendendolo ad obbietto esclusivo dei loro studi, lo ritennero come l'unica fonte del dritto. Donde seguì, che se non poco se ne avvantaggiarono l'esegesi e l'elemento pratico del Codice, furono sterili ed anche triste le conseguenze per la scienza, giacchè anche i più distinti giureconsulti Francesi dall'epoca della pubblicazione del Codice sino ai giorni nostri invece di occuparsi dei principii per giungere con maggiore fondamento e con forze anche maggiori alla intelligenza ed alla critica delle leggi civili, limitarono ed incorporarono la scienza nel Codice; donde pure provenne, chè la loro attività tutt'altro che scientifica fu quella d'una limitata e servile interpetrazione, essendo le loro produzioni altrettanti commentarii. I Tedeschi per contrario, ingegni eminentemente astratti, e che in tutte le cose cercano ed investigano avanti tutto l'elemento ideale, colpiti dal difetto assoluto di questo nel Codice Francese ed anche giudicandolo secondo i principii scientifici ed assoluti usarono verso questo lavoro d'una critica troppo severa, ed anche d'un ingiusto disprezzo. Thibaut non partecipò di questa ingiustizia dei suoi concittadini, e se il fatto d'aver preso un tal Codice ad obbietto della sua trattazione non valesse a pruovarlo, sarebbe una contradizione. Favoreggiatore dei Codici egli non poteva non accogliere con indulgenza ogni tentativo anche mancato ed imperfetto. Purnondimeno la seguente trattazione non è eseguita alla maniera Francese: essa porta l'impronta della intelligenza Tedesca, e rivela immediatamente la sua nazionalità; e coloro che sono usi alla lettura dei commentarii Francesi rimarrebbero delusi nelle loro aspettative, se credessero trovarvi la spiegazione di ciascun articolo con tutto il corredo delle quistioni pratiche della giurisprudenza del tempo. Il nostro Autore non è vincolato da una cieca ammirazione, nè si limita alla semplice esegesi; chi spazia per i campi della scienza non è soggetto a tali vincoli, nè riconosce simiglianti limitazioni. Egli propone avanti tutto i principii generali su ciascuna materia, comprende molte disposizioni particolari sotto categorie e regole universali, riannodandole alla tradizione ed al dritto Romano, spiega e giudica la legge non secondo l'opinione di questo o di quell'autore o le decisioni delle Corti giudiziarie, ma coi principii della scienza, rilevando secondo un tale criterio e particolarmente indicandone i difetti e le inconseguenze. Quali siano questi difetti, a noi non fa bisogno il dirlo, giacchè questo bisogno è soddisfatto dalla lettura dell' opera se-

guente. Ci piace però indicarne uno, che sebbene espressamente non additato da Thibaut, fu pure da lui avvertito, come lo pruova il metodo seguito nella trattazione del Codice civile Francese. Un tal difetto non è speciale di questa di quella materia, sicchè fosse facile ed anche possibile corrigerlo con una critica posteriore, ma riguarda l'insieme, o noi potremmo dirlo difetto dell'elemento ideale, ossia dell'ordine sistematico, e della collocazione logica delle materie. Che sia questo un vero difetto potevasene dubitare in altri tempi, ma ai giorni nostri, quando tutto è formolato a sistema, e se ne riconosce generalmente l'utilità, e le arti, i mestieri, le scienze e la storia non sono che un sistema, negare la necessità di questo per un Codice, è lo stesso, che sconoscerne l'importanza e l'elemento scientifico, o meglio rigettarlo nella classe più infima delle operazioni meccaniche. Senza avere un sistema, dice un Autore Tedesco, si può parlare invero di proprietà, di contratti, di matrimonio e di dritto di successione; si può analizzarli e rappresentarli nelle diverse forme, ch'essi prendono nella realtà, ma quello che sia proprietà, contratto, matrimonio, successione, può comprendersi solamente nel posto, che loro si assegna, o nel loro rapporto reciproco, sicchè ogni ordinamento di essi falso ed erroneo si riflette bentosto nella materia istessa, che ne addiviene anch'essa falsata ed erronea. Per altro additando un tal difetto nel Codice, aggiungiamo che ora impossibile che ciò non fosse, ponendo mente alle condizioni dei tempi, nei quali fu formato, ed al metodo seguito per la sua compilazione.

Per la formazione d'un Codice è poco favorevole ed anche al tutto inopportuno quel tempo, in cui l'odio e l'esagerato amore del passato, la stanchezza o l'impazienza del presente, il timore o sognate o vaghe speranze d'un migliore avvenire mantengano agitate e discordanti gli spiriti, e rendano impossibili quella pacatezza ed imparzialità, che sono condizioni indispensabili per un giusto temperamento ed una imparziale estimazione di questi elementi. Donde segue, che un lavoro di simile natura, qual'è il Codice, invece di essere il risultato della combinazione e della fusione di questi elementi in un insieme logico e conseguente, rifletterà tutti il contrasto di essi con quella vivacità, colla quale è sentita dalle menti di coloro, che vi danno opera, presenterà un quadro di tante disfatte e vittorie di ciascun partito, predominando nelle diverse materie questo o quell'elemento non in considerazione della sua maggiore convenienza, ma per il numero e la forza maggiore di coloro, che lo sostengono. Nè vale l'opporre, che il dritto Romano fu anch'esso il risultato della lotta dei diversi partiti, che cessando di battagliare politicamente continuarono le loro opposizione arrolandosi nelle diverse scuole, e purnondimeno rimase per i secoli a venire il monumento di quanto possa il pensiero umano in fatto di legislazione, ed è ancora il tipo, sul quale possonsi dire modellate tutte le leggi delle nazioni moderne. Coloro i quali così ragionassero darebbero a divedere di non fare alcune distinzione fra un Codice ed un sistema di leggi, di sconoscere lo spirito della storia Romana, di non avere infine la coscienza della loro stessa ammirazione per un tal dritto. Noi pure ammiriamo il dritto Romano, lo consideriamo come il modello, sul quale dee formarsi ed educarsi la mente del giureconsulto, crediamo verissime le parole di Leibniz: *digestorum opus vel potius auctorum, unde excerpta sunt admiror,*

nec quidquam vidi sive rationum acumen, sive dicendi nervos spectes, quod magis accedat ad mathematicorum laudem. Mira est vis consequentiarum, certatque ponderi subtilitas : ma lo ammiriamo come arte e non come sistema di leggi; lo crediamo conseguente e logico non nel suo insieme, giacchè sconosceremmo lo spirito di esso o della storia Romana, ma nell'applicazione d'un principio nei suoi particolari; lo consideriamo in fine come il tipo ed il modello più perfetto del modo onde temperare l'astrazione colla realtà, l'ideale col fatto, l'unità d'una regola colla moltiplicità dei rapporti esterni giuridici; sicchè lo spirito del dritto Romano e quello stesso, che forma tutta la sua importanza ed autorità lo rendono interamente estraneo alla quistione.

Le condizioni della Francia al tempo, in cui fu compilato il Codice erano appunto quelle, che noi abbiamo ritenute, come le meno favorevoli ad un lavoro di codificazione. Eravi certo un parziale ritorno verso il passato, ma questo procedeva dalla stanchezza del presente anzichè dalla pacata coscienza della sua necessità : il presente non era uno stato certo e stabile, quale dee essere per servire come punto di appoggio ad ogni ulteriore progresso , ma consideravasi da tutti come momentaneo e provvisorio, come solo punto di passaggio per alcuni verso un sospirato ritorno alle istituzioni passate, per altri ad un avvenire vago e fantastico: il futuro infine non presentavasi come una condizione di cose, che risulti in conseguenza ed in continuazione dei bisogni e dei rapporti presenti, ma aereamente fantasticato vestiva nelle diverse immaginazioni quei colori, che le passioni e le ragioni di temere e di sperare di ciascuno improntavangli. E questa varietà, questo contrasto d'interessi e delle passioni del tempo riflettevansi, ed erano rappresentati dalle personalità di ciascuno dei compilatori del Codice, differenti tutti per età, patria, tradizione, studii, occupazioni della vita, e per sentimenti politici, giacchè alcuni di essi erano in tutto il bollore e l'impeto giovanile, altri già maturi per senno e per età: rappresentavano alcuni il dritto Romano, altri il dritto patrio o consuetudinario; uno di essi aveva difeso Luigi XVI, altri avevano votato per la sua morte : infine l'Assemblea Costituente, la Legislativa, la Convenzione, il Consiglio dei cinquecento, o la Commissione provvisoria avevano tutti i loro rappresentanti. Nè anche i sentimenti e le opinioni dell'istesso primo Console, che era l'anima informatrice di questa massa di forze varie e discordanti, erano uniformi e costanti, giacchè fu udito rigettare l'anno 1803 come dannosi ed immorali quei fedecommessi, che poi nel 1806 vennero novellamente ristabiliti, ed ammessi nel Codice nel 1807; che anzi mancavagli un tale accordo ed unità di sentimenti e di opinioni anche nel pensiero, che dettavagli la formazione del Codice, giacchè ordinandolo la sua mente non vi si arrestava come a scopo ultimo, nè voleva il Codice per il Codice, sicchè posto da banda qualunque altro riguardo tutti gli sforzi fossero diretti al solo intento di avere un lavoro compiuto e perfetto, ma consideravalo come un semplice mezzo e più d'ogni altro efficace per compiere l'opera di centralizzazione. Or bene l'esperienza o la ragione ci pruovano, che tutto quanto è destinato a servire di mezzo ad uno scopo esterno ed estraneo, dee di necessità mancare di qualunque importanza e perfezione considerato per se stesso, ed astrattamente dallo scopo, al quale è diretto. Di più, àvvi

tali operazioni, dice un giureconsulto Tedesco, nelle quali sei uomini operano sei volte più di quello, che farebbe un solo, altre, in cui farebbero anche il doppio, ma àvvene pure, nelle quali sei persone non sarebbero da tanto da operare per una, e farebbero molto meno. La formazione d'un Codice è appunto un tale lavoro, in cui le forze associate di molti non crescono in proporzione, che anzi sarebbe follia sperarne un'opera perfetta e lodevole per la ragione molto semplice, ch'esso non essendo per sua natura un aggregato di particolari determinazioni ma un tutto organico come tale dee essere concepito (1). Se questa assimilazione di forze riesce impossibile e dannosa per il lavoro d'un Codice, anche nel caso, in cui esse sieno di accordo, e convengano nei pensieri e principii fondamentali, or pensate quale ne possano essere gli effetti, quando sieno dissenzienti, e ciascuna delle forze morali muove da tendenze diverse, ed è preoccupata da un differente scopo? Sicchè grandi furono le nostre meraviglie, quando tutt'altro ci occorse leggere in un moderno scrittore Francese (2), che presentandoci il ritratto dei compilatori del Codice ne descriveva le differenti età, condizioni, studi, occupazioni e tendenze, e tutto pieno d'entusiasmo ne traeva argomento d'una creazione prodigiosa, senza neppur sospettare, che da tanta diversità e contrasto di forze non potevano provenire che miserabili effetti. E miserabili ne furono gli effetti, quando si consideri il Codice Francese sotto il punto di unità e dell'ordine logico delle materie, giacchè crediamo utile ripetere, che molte forze individuali associate insieme possono accumulare una massa di particolari buoni o mediocri secondo la capacità di ciascuna di esse, ma se ne spererebbe invano un tutto ideale, un corpo organico, quale dee essere un Codice.

Gli Autori di questo nè anche sospettarono questo elemento ideale, e ciecamente seguirono l'ordine e la divisione delle materie dell'antico dritto, senza porre mente, che molte dottrine, come la patria potestà, il dritto di successione ed altre avevano nell'antico dritto una differente espressione, ed essendo considerate sotto un diverso rapporto dovevano essere pure differentemente collocate ed ordinate. E quand'anche ciò non fosse, diciotto secoli di studio e di progresso per il pensiero umano sarebbero dunque al tutto perduti, e non dovevano gli Autori del Codice giovarsene per una divisione più scientifica e per un ordinamento più logico delle materie del dritto civile? Ci valgano di esempio la dottrina del possesso, che considerato nella sua idea è il primo momento della proprietà, e pure è trattata disgiuntamente da questa; il dritto ereditario che è una conseguenza ed applicazione del dritto di famiglia e nondimeno è concepito e trattato, come un semplice mezzo di acquistare la proprietà, abbenchè ciò non sia che un effetto accessorio ed anche fenomenico, potendovi essere un dritto ereditario anche quando non trasferisca alcuna proprietà; i diversi elementi del dritto di famiglia come il matrimonio, i rapporti personali e materiali dei conjugi, la patria potestà il dritto di successione bizzarramente collocati e quà e là sparsi per il Codice; tutti i contratti accessorii, come quelli d'Ipoteca, di pegno, di anticresi ed altri trattati disgiuntamente da quelli, ch'essi tendono a garantire. Nè valga il dire, che un tal difetto di

(1) Savigny, *Della vocazione del nostro secolo per la legislazione*, p. 16. Ediz. Ted.

(2) G. Bressolles, *Études sur les redaction du Code Napoléon*. *Revue de législation*, t. 1 p. 357.

ordine logico per nulla influisce sul merito del Codice, quando eccellenti sieno i particolari, giacchè oltre l'osservare, che una tale eccellenza è sempre fortuita e fenomenica, ci basti il dire, che coloro che così opinano sconoscono il principale istrumento, al quale il pensiero umano deve tutto il progresso e l'elevatezza raggiunta, e negano a loro medesimi una intelligenza vera e filosofica di quei particolari, che sieno pure eccellenti mancheranno sempre di ragione scientifica. Che anzi un tal difetto di accordo nelle opinioni degli Autori del Codice si manifesta alcune volte anche nei particolari, e crea delle combinazioni veramente ridevoli, come per esempio, Bigot de Preameneu incaricato di giustificare avanti al corpo legislativo l'art. 2259, nel quale è detto: « la prescrizione corre anche durante i tre mesi per fare inventario ed i quaranta giorni per deliberare » con una grande enfasi oratoria si fa a sviluppare appunto il contrario dicendo: « quando la legge all'apertura d'una successione o d'una comunione di beni fissa un termine per fare inventario e per deliberare, è indispensabile, che la prescrizione di tutti i beni e dritti sia sospesa per tutto il tempo, che la legge stessa presume necessario per prenderne conoscenza » (1).

Un tal difetto fu avvertito da Thibaut, giacchè sebbene non lo dica espressamente, pure avere ordinate e concette diversamente le materie del Codice civile Francese, fa pruova, ch'egli trovava difettoso l'ordine seguito da questo, o meglio sentiva, che fosse un vero difetto il non seguire alcun ordine. Sicchè quand'anche il pensiero di Tibaut sia fallito nell'esecuzione, il che non crediamo poter negare in molte materie, è sempre un gran merito avere sentita la necessità d'un concepimento proprio ed ideale del dritto civile, ed averne attuato il concetto. È questo il primo passo, la prima necessità, perchè una trattazione di tal natura invece di essere uno sterile commentario sia un lavoro scientifico, che invece di considerare il Codice come il tipo ultimo della legislazione, e precludersi in tal modo la via ad ogni ulteriore progresso e miglioramento, attinga direttamente dalla fonte inesausta della scienza quei principii, che valgano di criterio per spiegare ed anche per giudicare le singole materie. Noi dunque diciamo, che il tentativo e la coscienza del bisogno di seguire un ordine logico e sistematico se da una parte sono una necessità imperiosamente comandata dallo stato presente della scienza, dall'altra bastano a giustificare il giurista dalla taccia di non essere al pari delle condizioni scientifiche del pensiero umano: il riuscirvi è opera del tempo, o dell'ulteriore progresso della scienza.

XVI.

Ci rimane a dire qualche cosa della seconda parte della nostra publicazione, che contiene i trattati speciali di dritto civile: e ciò faremo brevemente.

Una trattazione scientifica, qualunque sia la materia sulla quale versa, dee necessariamente consistere in un doppio lavoro, l'investigazione dei principii generali ed astratti della scienza, della quale si occupa, lo svolgimento e l'applicazione di essi nei particolari. Il temperamento ed il concorso di questi due elementi è necessario ed indispensabile, giacchè senza la varietà e la realtà dei particolari i principii astratti e generali rimarrebbero sterili e senza vita, come pure senza

(1) Locré, t. 8.

questi, mancherebbero quelli di ragione e fondamento. E sebbene un autore possa preoccuparsi d'uno di questi elementi senza trattare particolarmente l'altro, pure non è possibile farne al tutto astrazione senza incorrere in uno dei difetti sopra mentovati. È questa la ragione per la quale noi abbiam data la denominazione di *parti* ai due lavori che seguono: la parola *parti* suppone un rapporto reciproco fra questo, accenna pure ad un tutto, in cui mettono capo: questo tutto è la scienza del dritto: il rapporto reciproco è quello già da noi indicato: giacchè il lavoro sul Codice Francese contiene piuttosto l'esposizione dei principii generali su ciascuna materia del dritto civile; i trattati sono l'applicazione di alcuni di questi principii nei particolari.

Anche nella trattazione delle dottrine più speciali vi à un doppio elemento a considerare, e quindi un doppio metodo, secondo che un autore si preoccupa dell'uno o dell'altro, lo storico ed il dogmatico. Il primo segue le vicende storiche o letterarie d'un rapporto giuridico, studia il modo, onde fu formolato praticamente, le opinioni, che n'ebbero i giureconsulti dei diversi tempi; l'altro avvicinandolo ai principii assoluti e generali del dritto ne scopre novelli rapporti, e propone novelle idee. L'uno e l'altro metodo è necessario per un lavoro scientifico in conseguenza della legge di successione, dalla quale è regolata ogni esistenza storica. Nessun fatto nella storia, nessun lavoro umano per quanto possa essere importante è assoluto ed indipendente, ma segnà un momento di progresso per addivenire ben tosto anch' esso passato. Sicchè per forza della medesima legge anche il giureconsulto mancherebbe da una parte di una importanza propria, se nulla aggiungesso di nuovo ai materiali della tradizione, e dall'altra qualunque suo scopo andrebbe fallito, quante volte si persuadesse poter ritessere con forze isolate ed individuali quella tela, per la quale fu necessario il lavoro di tanti secoli o generazioni.

Questi due elementi e l'uno e l'altro metodo sono combinati nella seconda parte della nostra publicazione, che contiene i trattati di dritto civile, giacchè il Giureconsulto Tedesco discorre in prima e giudica la parte lettoraria di ciascuna dottrina, ed espone infino le proprio idee. Avvisiamo però che per quanto profonda e logica è la critica delle diverse opinioni sulle singole materie, altrettanto troviamo alcune volte poco soddisfacente, ed anche monco lo sviluppo dei principii dell'Autore sulla medesima materia. Che anzi in molte quistioni sembrerebbe, ch'egli avesse in non cale di esporre una opinione propria, e si potrebbero considerare come al tutto indefinite, se pure la risoluzione di esse non si trovasse compresa e non si lasciasse intravedere nei principii, che servono di criterio per l'esame ed il giudizio delle opinioni altrui.

Il Traduttore.

PARTE PRIMA

DOTTRINA DEL CODICE CIVILE FRANCESE

CONFERITA

coi principii del dritto Romano

LIBRO PRIMO

PARTE GENERALE

INTRODUZIONE

§. 1.

Il Codice civile Francese (1), che si denomina da Napoleone, à in se stesso un grande interesse teoretico, come un lavoro, al quale dettero opera uomini molto ingegnosi. Ma anche al di fuori della Francia non può negarglisi una grande importanza pratica; giacchè esso fa legge presentemente per la Polonia, Cracovia, per l'intera parte superiore Tedesca del Reno, in Berga e Baden. È pure d'una grande importanza per tutti i rapporti giuridici originatisi sotto il dominio Francese, dovunque ebbe per qualche tempo forza di legge, benchè fosse stato poi abolito, e particolarmente nella Spagna, in Italia, nella Olanda, nelle città Anseatiche, Annover, Assia Elettorale, Oldemburgo, Nassau. Per il commercio civile infine la conoscenza d'un tal Codice torna quasi indispensabile, come pure per i giuristi degli stati limitrofi alla Francia, per quelli per esempio della Svizzera.

§. 2.

L'esposizioni esegetiche d'un tal Codice sono di grande vantaggio, in quantochè valgono a farcene conoscere l'originale. Ma la Germania non può accontentarsi di esse, abbisognandovi trattazioni profonde e scientifiche di un tal lavoro, e maggiormente perchè questo manca al tutto di sistema comprendendo in se molte dottrine quà e là confusamente sparse, senza alcun rapporto fra loro, le quali non possono essere chiarite senza un metodo migliore. Sicchè noi nella nostra esposizione prenderemo a modello di ordine il sistema delle nostre Pandette, le quali gioveranno pure a stabilire alcuni molto utili confronti.

Crediamo però necessario far precedere ad una tale sistematica esposizione le seguenti riflessioni storiche e letterarie.

§. 3.

I. *Storia esterna della legislazione Francese.*

Fa d'uopo distinguere la storia del dritto civile Francese in tre periodi: il primo si arresta ai primordii della rivoluzione: il secondo dura sino al Consolato di Napoleone, ed il terzo continua fino ai tempi più recenti. Il primo è denominato *legislazione antica*, il secondo *legislazione intermedia*, il terzo *legislazione novella*. Molti addimandano pure le leggi del secondo periodo *lois transitoires*, sebbene impropria ne sia l'espressione, giacchè le parole *leges transeuntes* accennano a quelle sole leggi, le quali valgono per un determinato tempo e poi mancano. Ciò non potrebbesi dire delle leggi del periodo rivoluzionario, stantechè molte di esse furono conservate anche da Napoleone, e perdurarono fino agli ultimi tempi sotto i Borboni. Non vi à difetto di lavori sulla storia esterna del dritto Francese (2), ma niuno di essi merita una speciale attenzione.

§. 4.

1. *Legislazione antica.*

Prima del dominio Romano gli abitanti originarii delle Gallie non avevano leggi scritte, essendo soggetti solamente agli usi ed all'arbitrio dei giudici. Ridotte le Gallie a province Romane furono variamente regolate secondo i diversi Editti dei governatori; i quali generalmente rispettarono il dritto consuetudina-

(1) Düssendorf, — *Introduzione al Codice di Napoleone* 1808 — Seidensticker, *Introduzione al Codice di Napoleone* 1808. — Schmid, *Introduzione critica a tutto il dritto del regno Francese*, v. I. parte 1, 2, 1808, 1809. — Seidensticker, *Letteratura critica del Codice Napoleone*, v. I. 1811 — Zachariä, *Manuale del dritto civile Francese*, 4 ediz. v. I. p. 90.

(2) Zachariä, *Manuale*, I. p. 90 — 106.

rio. È pure naturale, che nelle province meridionali predominasse maggiormente il dritto Romano stanziandovisi molte famiglie Romane(1); il che avvenne nei tempi posteriori anche per il Nord delle Gallie. Non possiamo convenire nella opinione di molti, i quali avvisano, che nel Nord delle Gallie non si abbia avuta alcuna notizia del dritto Romano, ma solamente nelle province meridionali: giacchè pensiamo che la sola differenza fosse, ch'esso fu maggiormente predominante nel Sud, e che quì ebbe una più lunga importanza pratica che nel Nord della Francia, dove sin dall'anno 430 fu cancellata dai Franchi ogni traccia del dominio Romano. Per la medesima ragione il Codice Teodosiano, e molte altre Costituzioni posteriori ebbero forza giuridica soltanto nelle contrade meridionali, ed anche ed esclusivamente per queste fu formato il ben noto *Breviarium Aniani* (2).

Fin dal quinto secolo i popoli Germanici, che penetrarono nelle Gallie e nei luoghi circostanti, tentarono formare piccoli codici proprii (3), i quali erano per altro molto imperfetti, e perderono al tutto ogni importanza pratica nel settimo secolo col costituirvisi del sistema gerarchico feudale. Originavasi allora una novella costituzione: formossi questa sulle prime sotto i Carlovingi d'una moltitudine di Capitolari dei Re. Il medesimo avvenne sotto la dinastia successiva dei Capeti: ma come in questo tempo smembrato fu il regno, svariate furono pure le origini del dritto; giacchè anche i grandi vassalli esercitavano un certo potere legislativo nei loro domini. Il medesimo facevasi dai Parlamenti, poi dalle grandi Corti giudiziarie per tutti i casi non decisi; ed a ciò aggiungevasi un immenso numero di consuetudini o *coutumes* locali e provinciali, ed anche il dritto Romano e Canonico non mancarono di avere una forza sussidiaria, sebbene quanto più limitata che presso noi.

Il dritto Giustinianeo come in Germania, così pure in Francia fu ammesso come dritto sussidiario, sebbene non manchino alcuni dotti teoretici, che pretendono farlo valere solamente come *raison écrite* (4). Si va errato, quante volte si afferma, che la Francia si fosse divisa giuridicamente in *Pays de droit écrit*, cioè province meridionali, dove fu predominante il dritto Romano, e *Pays coutumiers*, le province cioè del Nord, che si regolavano per solo dritto consuetudinario o non scritto, giacchè sì per l'una, che per l'altra parte valeva sussidiarlamente il dritto Romano, come pure nell'una e nell'altra eranvi le consuetudini o *coutumes*, sebbene nelle contrade del Nord per le accennate ragioni predominante fosse stato il dritto consuetudinario molto più che nelle meridionali: in quelle applicavasi il dritto Romano meno frequentemente che in queste.

2. *Législation intermédiaire.*

Dai principii della rivoluzione sino al dominio di Napoleone fu publicato un gran numero di leggi, che continuano in parte anche oggigiorno, e dalle quali fu tratto profitto dalla legislazione di Napoleone. Fatta eccezione dei Codici dei delitti e di procedura penale nessun codice civile generale fu compinto; ed era necessità che così fosse in quei tempi di tumulto. Non vi fu difetto in vero di progetti leggieramente concepiti, e di questi fu principalmente feconda la mente di *Cambacérès*, duca poi di Parma; ma tutti non occasionarono che piccole discussioni, senza che alcuno ne fosse decretato (5).

3. *Législation nouvelle.*

Il 9 Novembre 1799 cominciò il governo di

(1) Anche prima per mezzo delle colonie, per empio in Marsiglia (*Massilia*), Montpellier *Mons Pessulanus*) ecc.

(2) Bach, *Historia Jurisprudentiae*, Lib. III, Cap. IV. *Sect.* 2. §. 14. 15.

(3) Particolarmente i Goti, i Franchi, i Burgundi nel quinto secolo, i Ripuarii, e gli Alemanni nel sesto, i Frisii ed i Longobardi nel settimo.

(4) Silberrad, *Historiae juris Gallorum epitome*, §. 18.

(5) La prima adunanza nazionale denominata sulle prime *Assemblée des États généraux*, e poi *Assemblée nationale* o *constituante*, decise nelle sue sedute (dal 17 Giugno 1789 fino al 2 ottobre 1791) la formazione d'un codice generale, ma non potette nulla attuare nel tumulto degli avvenimenti. Il medesimo deesi dire dell'Assemblea nazionale legislativa, che sostituì la prima (2 ottobre 1791 sino al 21 settembre 1792). La Convenzione nazionale, che vi succedeva (sino ad ottobre 1795) fu più attiva per un tale lavoro. Per commissione ricevutane *Cambacérès* presentò ad essa il 9 agosto 1793 un progetto, il quale fu rigettato come troppo positivo e troppo simigliante all'antico. Un secondo progetto del medesimo Autore molto astratto e composto di soli 297 articoli fu discusso: una parte ne fu decretata, una parte rimase negletta o dimenticata. Sotto il Direttorio, quando il progetto presentato dal Consiglio dei cinquecento doveva essere approvato o rigettato da quello degli Anziani, fu novellamente ventilata una tale quistione. A questo tempo *Cambacérès* presentò il 17 giugno 1796 un novello progetto di 1104 articoli, il cui esame fu rimesso alle Corti giudiziarie, ma che non fu discusso, sebbene il Governo Consolare non avesse sostituito il Direttorio prima del 18 Brumaire, an. VIII (9 nov. 1799.)

Napoleone, essendoglisi riconosciuta per 10 anni la dignità di primo Console. Al Consiglio degli Anziani e dei cinquecento furono sostituite in prima due *Commissioni Legislative*, e bentosto il *Corpo legislativo* ed *il Tribunato*, al quale ultimo solamente spettava prendere in esame i progetti di legge, giacchè il primo limitavasi alla semplice sanzione o rigetto delle leggi proposte.

Bentosto Napoleone fu dichiarato Console a vita, ed il 18 marzo 1804 Imperadore ereditario: il 19 agosto 1807 seguiva la fusione del Tribunato col corpo legislativo.

Queste ed altre vicende della costituzione non ebbero alcuna influenza decisiva sul resto della legislazione, la quale fu attuata celeramente e quasi compiuta nelle sue parti principali. I lavori più importanti, che sotto un tale rapporto furono eseguiti sono i seguenti nel loro ordine cronologico:

1) *Legge sul Notariato* dal 16 marzo 1803 (25 *Ventose, an.* XI.)

2) Il *Codice* presentemente denominato da Napoleone dall'anno 1803-1804, del quale sarà parola particolarmente nel §. 5.

3) *Codice di procedura*, cioè procedura civile, decretato a brani nell'anno 1806, e che ebbe forza di legge il 1 gennajo 1807 (1).

4) *Codice di Commercio* successivamente decretato nell'anno 1807, e publicato come legge il 1 gennaio 1808.

5) *Codice d'istruzione criminale.*

6) *Codice penale.* Questo fu decretato in parte nell'anno 1809, ed in parte nel 1810: publicati entrambi il 1 gennajo 1811 (2).

I mentovati lavori soglionsi comunemente denominare i *Cinque Codici.*

§. 5.

È sommamente importante per l'intelligenza dello spirito del Codice di Napoleone fare attenzione al modo che fu tenuto nella formazione di esso. Nei primordii del governo di Napoleone si fecero dei progetti per un Codice civile, i quali passarono bentosto in obblio. Ma il 18 luglio 1800 i Consoli nominarono una commissione di quattro ragguardevoli giureconsulti, perchè dessero opera alla formazione d'un progetto, e questi furono *Tronchet* (3) come presidente, *Portalis* (padre) *Bigot-Préameneu*, e *Maleville* come secretario.

Nel febbrajo del 1801 dettero questi alle stampe il loro progetto, che deesi considerare come il primo fra simiglianti progetti, sebbene si avvisassero alcuni denominarlo *Progetto di Tronchet*.

Venne questo communicato a tutte le corti giudiziarie, colle critiche delle quali fu preso novellamente in esame dalla Sezione Legislativa del Consiglio di Stato coll'intervento di quei quattro Commissarii: e da questa discussione seguirono molti cambiamenti.

Formavasene un *secondo progetto*, che stampato e distinto in altrettanti titoli fu comunicato a tutti i membri dell'intero Consiglio di Stato. Ne succedeva una seconda e più compiuta discussione sovente coll'intervento e colla cooperazione del primo Console. Le variazioni che ne seguirono ritornarono novellamente alla Sezione Legislativa del Consiglio di Stato per essere migliorate e deffinitivamente redatte.

Ne seguiva un *terzo progetto*, che distinto in altrettanti titoli ed ingrossato dalle discussioni del Consiglio di Stato fu sottoposto alla sanzione del corpo legislativo. Questo avvenne alla fine dell'anno 1801; comprendeva in tre titoli quasi tutto quello, che si contiene presentemente nel Codice di Napoleone dall'articolo 1—101, ma che fu immediatamente ritirato il 2 gennajo 1802 a cagione delle forti opposizioni, onde fu combattuto particolarmente nel Tribunato. Da ciò segui una così detta piccola *épuration* del Tribunato, la quale a nulla giovò, sicchè l'astuzia Francese dovette ricorrere ad altri mezzi.

L'ufficio del corpo legislativo fu limitato alla sola approvazione o rigetto delle leggi; ei a pure composto di uomini vecchi poco pericolosi e pacifici. Ove si fosse seguito tutt'altro modo, e si fosse cercato d'intendersi *privatim* e sulle singole dottrine coi più ragguardevoli dei più caldi e giovani Tribuni, non v'ha dubbio che si sarebbe facilmente riuscito nel resto. Perchè la comunicazione fosse più spedita e più fedele fra il Consiglio di Stato ed il Tribunato nominossi una commissione di ragguardevoli personaggi, fra i quali particolarmente distinguevansi *Siméon* come presidente, *Faure* e *Grenier* come secretarii. Le obbiezioni di questa Commissione del Tribunato, nelle quali contengonsi molte cose eccellenti, furono presentate alla Sezione Legislativa, e poi novellamente discusse ed in gran parte assentite dall'intero Consiglio di Stato. Formavasene un *quarto* deffinitivo ed ultimo *progetto*, che comunicato al Corpo Le-

(1) Nello stesso Codice civile trovansi alcuni brani di procedura in rapporto della pruova e della esecuzione, Art. del Codice Francese 1317, 1369, 2059, 2204, 2218. — Zacharià, III. p. 131. — 162. IV. p. 397 — 480.

(2) Sulla Storia di questi Codici è da vedere *Locré, Legislation de la France*, Tom. 1. p. 122 —212.

(3) L'Imperadore usava denominarlo publicamente il primo dotto della Francia.

gislativo, e difeso dagli oratori del Governo fu ammesso quasi senza opposizione (1). Le leggi in tal modo parzialmente decretate ed anche in epoche differenti sono 36: furono queste con una legge del 21 marzo riunite in un sol corpo non seguendo la medesima successione, onde furono formate, ma secondo un certo ordine logico, e sotto il titolo: *Droit civil des Français*.

È ben naturale, che sotto il Consolato le denominazioni fossero differenti da quelle usate al tempo dell'Impero. Al costituirsi di questo ne fu publicata ai 13 settembre 1807 una nuvella edizione sotto il titolo: *Code Napoléon*, non diversa dalla prima nelle materie, ma vestita delle novelle formole cortigianesche Imperiali (2).

§. 6.

II. *Qualità speciali del Codice di Napoleone.*

Variamente fu scritto sul merito del Codice di Napoleone, e forse più francamente che altrove nella stessa Parigi sotto gli occhi dell'Imperadore. Con poca lealtà ne scrissero i Tedeschi. Prima della battaglia di Jena un tal Codice fu l'obbietto di critiche violente; dopo questa gli si resero svariati omaggi, sol perchè si rilevasse la persona degli autori di tali omaggi. Dopo la battaglia di Lipsia cambiavasi novellamente l'intelligenza Tedesca, e ne seguirono molti ed amari motteggi. Nondimeno fino al tempo presente cercasi invano una critica profonda di questo Codice (3).

§. 7.

Quando si voglia essere imparziale, è forza convenire, che il Codice contiene molte buone idee; e che molte dottrine, come quella sugli assenti, sul matrimonio, e sulla comunione matrimoniale sono svolte ingegnosamente. Non può non lodarsi d'avere evitato il dubbio degli esempii, e cercato per tutto di stabilire regole certe; con ciò si evitò pure quello che avrebbe potuto considerarsi come semplice forma o spiegazione scientifica: la lingua infine è un modello di chiarezza e di precisione. Contro esso può osservarsi quanto segue:

1) L'ordine nell'insieme è difettoso: manca una parte generale, e molti principii generali vi sono introdotti soltanto in occasione delle dottrine speciali. L'ordine nei particolari è apparentemente semplice, giacchè vi si distinguono solamente tre parti principali: delle persone (art. 7-515), delle cose e della proprietà considerata in se stessa (516-710), ed infine dei modi di acquistare la proprietà (711-2281). Senonchè un tale ordine è poco logico, giacchè le obbligazioni non hanno in gran parte nulla di comune colla proprietà, ed alcune dottrine sono erroneamente ed anche confusamente allogate.

2) Sotto il futile pretesto, che la legge dovesse rimanere al tutto estranea alla scienza, molti principii, ai quali si connettono le più importanti dottrine pratiche, furono lasciati al tutto incerti ed indeterminati anche contro il parere di Napoleone, mentre per contrario, quante volte fu possibile trascrivere antiche definizioni, vennero inserite alcune regole le più insignificanti, particolarmente nella dottrina delle obbligazioni (4).

3) In generale non può non lodarsi, che il Codice segua ordinariamente piuttosto l'antico dritto positivo, anzi che la semplice astrazione, e nel dubbio più volontieri *les coutumes*, che il dritto straniero. Giacchè la nostra filosofia di dritto è ancora troppo debole, ed ogni nazione à sempre a cuore di conservare il proprio dritto; ed ancora perchè le abitudini proprie, che sono il prodotto dello spirito nazionale, riescono più naturalmente e facilmente ad abolire il dritto straniero anzichè questo quelle (5). Ma non sempre riuscì porre in armonia questi svariati elementi, ed alcune volte furono conservate alcune regole consuetudinarie di nessuna importanza (6). Sventuratamente conoscevasi il dritto Romano meno di qualunque altro, e questo fu pure più volte lealmente confessato da uno dei legislatori, da Maleville (7).

4) Perchè il Codice non fu il prodotto d'un concepimento sintetico e comprensivo di tutte le sue parti, ma ciascun titolo fu parzialmente discusso, senza che nelle discussioni posteriori si avesse presente il già decretato, ne seguirono molte inconseguenze e sottigliezze, come può facilmente vedersi nell'articolo 142 paragonato coll'art. 402, e negli art. 966 sino a 916 coll'art. 2279.

5) Il Governo fece certo tutto il possibile

(1) *Locré, Législation*, I, p. 85 100.

(2) Schmid, *Introduzione* p. 66. — Seldenslicker, *Introduzione* p. 192.

(3) Bogt, *Relazioni Politiche*, v. II. — *Coup d'oeil sur le Code Napoleon en Alemagne*—Bauer *Cenni per la critica del C. N.* — Lassaux, *des caractères distinctifs du C. N.* — Eggers, *Commentario sul C. N.*—Rehberg, *sul C. N.*—Brinkmann, *sul merito del Codice civile Francese.*

(4) È da vedere per esemplo art. 687, 736, 1101 —1107, 1272, 1273, 1584, 1602, 1833, 1877, 1879, 1921, 1925, 1939, 2045.

(5) A questo proposito havvi molte cose eccellenti in un discorso di Portalis. — Schmid, *Introduzione* p. 183 e seg.

(6) Leggasi per esempio l'art. 747.

(7) Maleville, *Analyse degli art.* 1044, 1045, 1564, 1565, 1649.

per un'attenta redazione: ma la Sezione Legislativa del Consiglio di Stato merita il rimprovero d'esservisi applicata sconsideratamente ed alcune volte capricciosamente, giacchè spesso non si dette la pena di emendare quello che dovevasi cambiare per determinazione del Consiglio di Stato, e lasciò questo o quello, che stante il cambiamento principale, era necessario, che fosse esso pure mutato (1). Ed anche gli Oratori del Governo alle volte riferirono falsamente per semplice sconsideratezza.

§. 8.

III. *Letteratura del Codice di Napoleone.*

Perchè un tal Codice non è certo un lavoro filosofico ed astratto, ma contiene in se il dritto patrio positivo e quello straniero già introdotto, ed è tratto profitto dai più importanti lavori scientifici, e fu poi variamente commentato chiarito e discusso, perciò molto vasta ne è la letteratura, come ci è fatto rilevare nel Manuale di Zachariä (2).

Le fonti le più importanti, donde fu tratto profitto per il lavoro d'un tal Codice possono essere distinte nelle seguenti categorie.

1) *Ordinanze dei Capeti.* Molte cose furono tratte per il Codice da quelle di Luigi XIV. e XV. Un gran lavoro sotto il titolo: *Ordonnances du Louvre* apparve in Parigi l'anno 1723-1791 in 14 volumi; ma non ancora è compiuto (3).

2) *Coutumes.* Dal dodicesimo fino al quindicesimo secolo le consuetudini furono successivamente raccolte sotto la direzione dei Re. Il loro numero si eleva fino a 305, e leggonsi nel *Nouveau coutumier général.* Di maggiore importanza è la *Coutume* della città di Parigi comentata da Molineo (*du Moulin*) ed in molte cose ne fu tratto vantaggio per il Codice.

3) *I Trattati di Pothier*, professore in Orleans (1772). Questo scrittore è rinomato per un vasto sebbene non molto profondo *Comentario delle Pandette*, e per una moltitudine di *Trattati* speciali sulle più importanti e principali dottrine del dritto civile. Un tale Comentario era quasi al tutto sconosciuto in Francia, ma i *Trattati* erano tenuti in molta considerazione, e ne fu tratto profitto per il Codice con un rispetto, che tiene del superstizioso, sicchè può dirsi, che la sesta parte di questo sia una traduzione da quelli. Sono dettati con moltissima chiarezza, ma se giovano non poco al pari dei lavori del grande Molineo per l'intelligenza del dritto consuetudinario, deesi con dispiacere aggiungere, che Pothier relativamente al dritto Romano può esser noverato fra gli scrittori meno profondi (4).

4) *Progetti del Codice.* Il primo progetto (§. 5) che come fonte primitiva del Codice non può essere abbastanza lodato, apparve più volte nell'anno IX (5). Il secondo, il terzo ed il quarto progetto non furono parzialmente stampati, ma trovasene il contenuto nei lavori, che saranno qui appresso indicati, e che contengono le discussioni dell'intero Consiglio di Stato.

5) *Osservazioni delle alte Corti giudiziarie.* Furono queste stampate in varie volte in 4 volumi (6), e poi ordinate logicamente, sebbene fossero in loro stesse poco importanti, e sieno state quasi al tutto neglette nell'ultima formazione del Codice.

6) *Discussioni dei Redattori del Codice* fino a che questo venne presentato al corpo legislativo. Queste non ci pervennero intere, ma abbiamo le sole discussioni dell'intero Consiglio di Stato, e le opposizioni della Sezione del Tribunato, che le une e le altre si è uso denominar le discussioni *segrete o particolari.* Non sono a nostra conoscenza le discussioni degli Autori del primo progetto, nè anche quelle avute coi Commissarii del Tribunato. Il governo ebbe cura che fossero più volte stampate le discussioni del Consiglio di Stato (7), ma nel solo ordine cronologico, secondo che si succederono le sessioni. Gli scrittori privati le ordinarono poi secondo l'ordine presente degli articoli del Codice, ed il lavoro migliore e più acconcio fu quello, intitolato *Conférence du Code civil* etc. *Paris* 1805. 7. Tom. 12, del quale fanno parte anche le obbiezioni del Tribunato.

7) *Discorsi* nel Corpo legislativo e nel Tribunato, denominati ordinariamente *Discussions publiques.* Furono queste variamente

(1) Per esempio art. 112, 153, 173, 259, 767, 809, 974 — 976, 1014, 1024, 1037, 1052.

(2) V. I. p. 106—108.

(3) Camus, *Lettres sur la profession d'avocat* 1805 t. II. N. 490—591.

(4) Nella formazione del Codice civile fu tratto profitto ancho dal ben noto lavoro di Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel.*

(5) *Projet de Code civil presenté par la commission nommée par le gouvernement le 24 Thermidor an.* VIII.

(6) Per esempio, *Observations des tribunaux d'appel sur le projet de Code Civil, Paris an.* IX. —*Observations du Tribunal de cassation etc. an.* X. — Crussaire, *Analyse des observations des tribunaux d'appel et de cassation, approchées du texte, Paris* 1804.

(7) *Procès verbaux de Conseil d'État, contenants la discussion du projet de Code Civil, Paris an.* X. — XII. v. 5.—Bousquet, *Table analytique et raisonnée des proces verbaux, Paris* 1804.

stampate, ma nel modo migliore e più acconcio ed in relazione con ciascun articolo, lo furono sotto il titolo: *Code civil suivi de l'exposé des motifs etc.* Parigi 1804-1810. Il più importante fra tutti i lavori appartenenti a questa materia è quello di Locrè: *législation civile, commerciale, e criminelle de la France.* Parigi 1829 1832, 31 v. 8. L'ingegnoso Autore comprende in esso, senza aggiungervi alcun ragionamento proprio ed attenendosi all'ordine degli articoli: a) le discussioni segrete in un modo più compiuto di quello, che si conoscessero sino allora, e le riporta per tutti i Codici di Napoleone, il che non era stato fatto per lo innanzi: b) i discorsi degli oratori, dei quali molti non erano ancora stampati: c) tutte le modificazioni posteriori del Codice. Un tale lavoro si estende nei primi sedici volumi al solo Codice civile.

8) Il Codice di Napoleone fu variamente stampato; il testo è sempre il medesimo, e la sola differenza sta nel gusto e nei mezzi del compratore. L'eleganza Parigina si è pure pruovata a formolare un tal Codice in versi rimati. Molte traduzioni Tedesche ne furono tentate (1). La traduzione di Ehrbardt fu tenuta sulle prime in maggior conto, e fu introdotta in Frankforte: ma vi si contengono molti errori manifesti. Le migliori traduzioni sono quelle di Daniels, di Gebhardl, e la così detta *Westphalica*, publicata sotto Girolamo come testo officiale per il Regno Vestfalico. Non può negarsi, che non sia ben fatta la più recente traduzione dei cinque Codici (§. 4.).

9) *Lavori scientifici sul Codice, commentarii, manuali, e compendii*: havvene una grande quantità, e come è pure naturale, vi è molto di cattivo (2). I seguenti lavori sono i più importanti, sebbene molti non abbiano altro pregio, che quello d'una grande rinomanza:

Locré, *Esprit du Code Napoléon* 1805, 5 tomi, 4, o 6 tomi, 8.

Questa Opera è altamente importante, nè vuolsi confonderla con quella già mentovata del medesimo Autore. Vi si contiene una esposizione ragionata dei singoli articoli e dei motivi di questi, ma sventuratamente si arresta all'art. 515. Come Secretario del Consiglio di Stato, è ben naturale, che l'Autore fosse più di qualunque altro alla portata di compiere un tale lavoro.

Maleville, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil*, 4 volumi, 8.

Lo scrittore, che era egli stesso nel novero dei quattro autori del progetto chiarisce brevemente e con molta intelligenza ogni singolo articolo del Codice, e francamente spesso confessa pure gli errori, nei quali per propria colpa incorsero gli Autori di esso:

Bousquet, *Explication du Code civil*, 5 volumi, 4.

Un tale lavoro fu tenuto sulle prime in gran conto, ma non contiene altro, che alcuni sterili materiali, e più distinzioni che pensieri.

Les Pandectes Françaises par Riffé — Caubray, et Delaporte. 22 volumi. V.

I primi 15 volumi comprendono l'intero Codice di Napoleone, ne comentano ciascun articolo, ma con nessuna profondità storica, sebbene vi si trovino molte cose utili per la pratica Francese.

Delvincourt, *Institutes de droit civil des Français.* Parigi 1822 3 volumi 4.

Il testo d'una tale Opera è poco profondo, ma nelle note aggiunte a ciascun volume contengonsi molte cose buone.

Proudhon, *Cours du droit Français* 2 volumi 8.:

Il lavoro si arresta all'art. 515; è poco profondo in molti punti; ma vi si leggono molte cose originali, e molte buone idee sopra quistioni particolari di dritto.

Zachariä, *Manuale del dritto civile Francese*; stampato la prima volta il 1808, 2. volumi, 8. nel 1831, quarta edizione 4. volumi, 8.

È universalmente riconosciuto, che un tale lavoro per profondità, e per il modo onde si trae profitto dalla storia e da tutta la più moderna letteratura è nel novero dei più importanti, e sarebbe pure a desiderare, che fosse tradotto in Francese.

Codice di Napoleone esposto da *Lassaux*, 3 volumi 8 1809-1811.

Questa Opera si estende fin all'art. 710: rozze ne sono le forme, giacchè l'Autore non aveva alcuna educazione scientifica, ma molta perspicacia ed intelligenza, e per aver versato lungamente nella pratica potè penetrare nello spirito del Codice Francese.

Bauer, *Commentario del Codice di Napoleone*, 6 volumi 8.

L'Opera contiene uno non interrotto comentario del dritto Badese, e fatta astrazione di poche giunte può considerarsi come una semplice traduzione d'un tal dritto. Nel quinto volume si contiene un confronto del Codice col dritto Romano, e nel sesto volume sono accumulate molte e varie osservazioni giuridiche.

Grollmann, *Manuale del Codice di Napoleone*, 3 volumi 8.

Questo classico lavoro è sotto tutti i rapporti ingegnoso e profondo, ma si arresta all'art. 311, e dopo la morte dell'Autore è ben

(1) Per esempio, da Ehrhardt, Ackermann, Cramer, Lassaux, Müller, Daniels, Gebhardi.

(2) Dabelow, *Commentario del Codice di Napoleone.*

difficile trovare alcuno che sia da tanto da poterlo continuare colla stessa capacità e nel medesimo spirito.

Toullier, *Le droit civil Francais*. Ed. 4. 1820-1825.

È questa un' opera generalmente rinnomata. L'Autore fu in essa molto diffuso, ma fece attenta considerazione delle Decisioni delle Corti Francesi. Vi à difetto di profondità, di una ben fondata conoscenza delle più antiche fonti del dritto, ed incorre pure sovente nell' errore di ricorrere al dritto Romano abolito in Francia. L'Autore non potette dare opera egli stesso alla stampa di essa che fino al quindicesimo volume, che si estende all' art. 1436: egli morì, e ne prese le veci come continuatore Duvergier con 2 volumi, 8. e Troplong, che prese a trattare solamente alcune materie speciali del dritto civile.

Duranton, *Cours du droit Français*.

Vi si contengono molte cose ingegnose ed esatte, ma il suo lavoro non pareggia per profondità quello di Grolman.

Rogron, *Code civil expliqué par des motifs et par des exemples*.

Vi sono brevemente enumerati tutti gli articoli del Codice, ma con poca profondità, e da ciò comprendesi facilmente, perchè sia tanto universalmente letto.

PARTE PRIMA

Sulle leggi e sulla scienza del dritto.

SEZIONE I.

SULLA NATURA DELLE LEGGI, E DELLA SCIENZA DEL DRITTO.

§. 10.

Nel primo progetto trovavansi molte definizioni generali, ma furono queste al tutto tralasciate nelle discussioni, e con ragione, giacchè quelle si avvengono piuttosto alla scienza anzi che alla legislazione. Senonchè con dispiacere si cerca invano una chiara spiegazione sopra una importante quistione pratica: qual conto debba tenersi delle obbligazioni naturali da uno stato? Quando si vogliano raccogliere le idee, che quà e là trovansi sparse, e fare attenzione alle fonti del Codice, alle quali si riportano anche i consiglieri di Stato nei loro discorsi e particolarmente alla grande opera di Pothier (1), si avranno i seguenti risultati:

1) I Romani, che non facevano distinzione fra il dritto di natura e la morale (a) non ammettevano alcun' azione per ragioni morali, ma quando ad alcuno riusciva in un modo lecito di avere il possesso di quello, che l'altro come uomo morale gli avrebbe dovuto dare, concedevaglisi una *exceptio* contro il reclamo di restituzione: dichiaravano essi pure come nulli tutti i fatti immorali. I nostri giuristi non ammisero la prima nullità, ma l'ultima, ed il medesimo fu fatto dal Codice (2).

(1) Pothier, *Traité des obligations*. Tom. I. v. 191—197.

(a) I Romani non solamente non facevano distinzione fra la morale ed il dritto, ma comprendevano sotto la categoria di questo tutto quanto il pensiero umano possa concepire di più alto nelle cose umane e divine. Un tale concetto del dritto è l'espressione la più vera dello spirito della civiltà Romana. Roma è il mondo del dritto, ed è questo quello che di più alto può concepire lo spirito Romano, che comprende tutto quanto vi à di divino e di umano sotto la categoria del dritto divino ed umano. La ragione si è, che ogni popolo vede e concepisce qualunque altro elemento della sua esistenza a traverso la luce dell' idea, dalla quale è predominato.

Le difinizioni che si leggono nei Giureconsulti Romani rispondono a questa nostra osservazione:

L. 1. pr. D. *de just. et jur.* (I. L.) (*Ulpianus*).

« *Juri operam daturum prius nossè oportet, unde nomen juris descendat: est autem a justitia appellatum; nam ut eleganter Celsus definit, jus est ars boni et aequi.*

§. 1. *eodem.* « *Cujus merito quis nos sacerdotes appellet. Justitiam namque colimus: et boni, et aequi notitiam profitemur: aequum ab iniquo separantes: licitum ab illicito discernertes: bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes: veram, nisi fallam, philosophiam, non simulatam affectantes* ».

L. 10. D. h. 1. (I. 1.) (*Ulpianus*).

« *Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi. 1. Juris praecepta sunt haec, honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.*

2. *Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia: justi atque injusti scientia* ».

(2) Art. 6, 900, 1172. A torto rapporta questi Brauer p. 322, 323 ai soli fatti contrarii alla religione.

2) Per quanto riguarda la capacità ed i doveri giuridici, deesi distinguere: a) la legge non distrugge nè limita i doveri del dritto di natura. i Romani non ammettono invero per questi alcun'azione, ma davano al possessore una *exceptio*, mentre la nostra pratica di accordo col dritto Canonico ammette anche un azione di equità. il Codice è muto a questo proposito: ma può ritenersi, ch'esso si riporti in ciò al dritto Canonico, giacchè nell'art. 4. è ordinato, che il giudice non possa astenersi dal giudicare anche senza una legge positiva, sicchè egli sarà bene avvisato, quando si atterrà al dritto di natura: b). il Codice non fa menzione di limitate naturali obbligazioni, giacchè erroneamente si opinò con Pothier, che i Romani avessero ammessa una *obligatio restricta* solamente per *nudis pactis*, dei quali non può farsi ora alcun uso, stantechè il Codice à riconosciuto il dritto di reclamare per tutti i contratti. È questo certo un errore storico, giacchè i Romani anche altrove, per esempio per il *beneficium competentiae*, ammettevano molte limitazioni; ma la ragione, alla quale si riporta il Codice quante volte sentesene il bisogno, ci dice pure, che ogni limitazione di questo non può essere estesa più di quello, che da esso s' intende.

c) In rapporto delle obbligazioni naturali provenienti dai giuochi di azzardo e non riconosciuti dalle leggi positive, i Romani ammettevano il molto conseguente principio, che un simigliante debito dovesse considerarsi come nullo, e che si potesse reclamare mediante una *condictio indebiti* quello che alcuno si trovasse d'aver pagato per un errore scusabile (a). Pothier opinò, che qui ad onta di una tale nullità civile vi fosse qualche cosa di simigliante ad una *obligatio naturalis*, e seguendo il suo avviso fu riconosciuto il principio (1), che manchi il dritto di opporre la *condictio*, quante volte il pagamento non fosse stato fatto per inganno o per violenza.

SEZIONE II.

LE LEGGI RELATIVAMENTE ALLA LORO ORIGINE.

§. 11.

Il dritto distinguesi in:

I. *Naturale*: Di ciò è parola nel §. 10.

II. *Positivum*. Questo è

1) *Scriptum*.

2) *Jus non scriptum*.

3) *Giurisprudenza*:

Il Codice non ammette più il principio, che da questa possano originarsi delle leggi, che anzi lo spirito dell'art. 5 accenna appunto al contrario. Secondo il codice dovrebbesi dunque negare ogni forza di legge alla giurisprudenza: ma è pure naturale, che la pratica ordinariamente consideri le sentenze giudiziarie come una specie di *raison écrite*.

4) *Dritto consuetudinario* (b). Il Codice non l'ha considerato come una fonte di dritto (2), ma si riporta ad esso in alcuni singoli casi (3), sicchè il giudice dovrà fare attenzione a questa o a quella consuetudine, particolarmente quando trattasi della interpetrazione d'un fatto, il che è manifesto, giacchè solamente l'uso del lingnaggio può chiarirci sul significato di alcune parole.

(a) Secondo il dritto Romano la nullità di simiglianti obbligazioni era assoluta, il dritto di ripetizione illimitato, dandosi facoltà a tutte le autorità del luogo d'intervenirvi, anche contro la volontà istessa del debitore.

L. 1 C. *de aleat.*

Victum in aleae lusu non posse conveniri, et si solverit habere repetitionem tam ipsum, quam heredes ejus adversus victorem et ejus heredes: idque perpetuo et etiam post triginta annos. Quod si vel ipse vel ejus heredes repetere neglexerint, liceat cuicumque volenti, et praecipue civitatis in qua id factum est primati, vel defensori repetere, et in opera civitatis id expendere. Data autem super aleae lusu cautio sit irrita, et condici posse.

(1) Art. 1235, 1967.

(b) Una determinazione di dritto, che non proceda da un concepimento astratto, nè si svolga da un principio scientifico di dritto, ma sia l'espressione d'un bisogno speciale, che mentre è ragione della sua origine, la giustifica e la fa assentire dalla opinione universale, è questo quello che intendesi per dritto consuetudinario. Nè i Romani lo intendevano altrimenti.

L. 32. D. *de leg.* (1. 3.) (Giuliano).

De quibus causis scriptis legibus non utimur id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est, et si qua in rs hoc deficeret tum quod proximum et consequens ei est: si nec id quidem appareat: tum jus, quo urbs Roma utitur, servari oportet.

§. 1. *Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur (et hoc est jus, quod dicitur moribus constitutum). Nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod judicio pupuli receptae sunt: merito et ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes: nam quid interest, suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis? Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per consuetudinem adrogentur.*

L. 33. *eodem* (Ulpiano).

Diuturna consuetudo pro jure et lege in his, quae non scripto descendunt, observari solet.

(2) Zachariä, p. 48 — 49, 78—83. Spangenberg, *Repertorio delle leggi Francesi* §. 73.

(3) Art. 590—593, 663, 671, 674, 1135, 1159, 1648, 1736, 1754, 1758, 1759, 1762, 1777.

5) Dritto non scritto convenzionale; a tal proposito nulla occorre di particolare nel Codice, ma sono decisivi i principii generali dei contratti.

SEZIONE III.

FORZA OBBLIGATORIA DELLE LEGGI.

§. 12.

Su questa dottrina si potrebbero ventilare le seguenti principali quistioni.

1) Da qual tempo sono le leggi obbligatorie? *Les lois sont executoires* nei dipartimento della Residenza il giorno seguente a quello della loro promulgazione; negli altri dipartimenti col medesimo intervallo colla giunta di un giorno per ogni distanza di 20 miglia.

2) Per quali casi sono esse obbligatorie? L'articolo 2 si limita soltanto a ripetere l'antica regola; che le leggi non sono applicabili ai fatti *praeterita*, e sembra questa compresa nel senso Romano, che era molto mite (1). È però da osservare, che un punto tanto delicato non fu nè chiarito nelle discussioni, nè esattamente definito nei discorsi, dunde originavasi un gran numero di controversie.

3) Per quali persone sono le leggi obbligatorie? Qui predominano i medesimi principii, che sono svolti nel §. 15. Ma la quistione, se o fino a qual punto il Supremo Governante sia soggetto alle sue proprie leggi, fu rimessa al dritto politico, che prudentemente e con una certa arte diplomatica si tacque a tal proposito (a).

4) L'ignoranza di dritto vale forse a scusare? Il Codice non decide una tale questione affermativamente, e pare che avesse voluto piuttosto risorverla per la negativa col silenzio, come Portalis istesso à dichiarato nel suo discorso: donde pure si chiariscono gli articoli 1356, 2052. La ragione si era, che l'indicato tempo è bastante per la conoscenza del dritto. Naturalmente in alcuni casi da ciò si origina una grande durezza, quando per esempio, alcuno per assenza o per malattia non può avere avuta notizia della legge pubblicata, sebbene in simiglianti casi si sia ricorso ad una più mite interpetrazione (b).

SEZIONE IV e V.

SULLA ESTENSIONE DELLE LEGGI.

§. 13.

Una tale dottrina diffusamente trattata nelle Pandette, è rimessa dal Codice alla scienza.

SEZIONE VI.

DEL MODO DI FAR CONOSCERE LE LEGGI.

§. 14.

Il Codice abbandona questo fatto all'amministrazione, la quale si giova a tal proposito dei *Bullettino delle* leggi e delle comunicazioni private.

SEZIONE VII.

RAPPORTI DELLE LEGGI FRA LORO.

§. 15.

Perchè il Codice costituisce per l'avvenire un sol corpo di legge per tutta la Francia, non vi potrebbe essere alcuna collisione di leggi, essendo queste fra loro ordinate e coordinate. Per una tale ragione con legge speciale del 30 *Ventose an.* XII. furono abolite le leggi tutte relative al dritto civile, ed esistenti pria della rivoluzione, mentre riconoscevasi, che nel bisogno dovesse ricorrersi al dritto Romano, come ragione scritta, (*raison écrite*). I severi Romanisti ànno altrimenti intesa una

(1) Questo ci vien pruovato dagli art. 691, 2281.

(a) L. 19. C. *de test.* (VI. 23). (Alesandro).

« Ex imperfecto testamento nec imperatorem hereditatem vindicare posse, saepe constitutum est. Licet enim lex imperii solennibus juris imperatorem solverit, nihiltamen tam proprium imperii est, quam legibus vivere ».

(b) Nel dritto Romano è chiaramente pronunziata la distinzione fra l'ignoranza di fatto e quella di dritto; ed aggiungesi in un modo assoluto, che la prima sia scusabile, che l'altra non ammetta alcuna scusa, giustificando una tale distinzione colla riflessione: *cum jus finitum est possit esse et debeat; facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat.* I testi che contengono una tale dottrina sono i seguenti:

L. 2. D. (XXII. 6) (*Neratius*).

« In omni parte error in jure non eodem loco, quo facti ignorantia haberi debebit, cum jus finitum et possit esse et debeat: facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat.

L. 9. D. (*Paulus*).

« Regula est juris ignorantia cuique nocere: facti vero ignorantiam non nocere: videamus igitur, in quibus speciebus locum habere possit: ante praemisso, quòd minoribus vigintiquinque annis jus ignorare permissum est, quod et in feminis in quibusdam causis propter sexus infirmitatem dicitur: et ideo sicubi non est delictum, sed juris ignorantia, non laeduntur. Hac ratione, si minor viginti quinque annis filio familias crediderit, subvenitur ei, ut non videatur filio familiae credidisse.

tale legge; ma bisogna intenderla tale qual' essa è, e come fu pure compresa dalle più ragguardevoli capacità (1).

Alla così detta collisione delle leggi ordinate in un tutto accenna il solo art. 3, molto povero, e che fu anche leggieramente discusso; e fu questa la causa perchè questa dottrina dette occasione a molte controversie (2). A tal proposito può affermarsi con qualche certezza quanto segue:

Quando trattasi dei dritti d'un Francese, è determinante il seguente principio (3): il Francese è interamente soggetto in Francia alle leggi del paese, e rimane tale anche nelle contrade straniere, e particolarmente per quanto riguarda la sua capacità giuridica. Ma è necessario determinare più particolarmente un tale principio.

Quando trattasi definire il significato le forme e le conseguenze d'un fatto giuridico, riconoscesi dal Codice la regola, che debbansi applicare le leggi del luogo, dove un tal fatto fu cominciato o compiuto (4).

Ma questo principio è soggetto alle seguenti e più speciali modificazioni.

Con un titolo fatto in paese straniero non si potrà nè prendere ipoteca, nè eseguirlo pria che non fosse registrato in Francia (5).

Quello che rispettivamente alla forma non è fatto secondo le leggi straniere ma secondo quelle di Francia, potrà essere dichiarato valido dalle Corti di questo paese (6).

I giudizii, che condannano un Francese in terra straniera, non ànno alcuna forza giuridica in Francia pria di essere stati presi in esame da una Corte giudiziaria del paese (7).

Quando un Francese si renda colpevole di delitto in un paese straniero, le corti criminali Francesi potranno ordinarne l'arresto o la pena, solo quando il delitto torni a danno dello Stato Francese, o fu commesso contro un Francese, e questi venga come querelante in Francia (8).

Per gli stranieri è statuito quanto segue.

Relativamente ai loro rapporti personali, è disposto, ch'essi fuori del territorio della Francia non sieno soggetti alle leggi Francesi, fatta eccezione del delitto di alto tradimento contro questo paese quando vi sieno pure arrestati (9). Sono essi per contrario soggetti a tutte le leggi di polizia e Criminali Francesi per il tempo della loro dimora in questo paese (10). Per tutti gli altri rapporti nell'art. 11 è espresso il principio generale, ch'essi non abbiano in Francia l'esercizio dei dritti civili, quando per trattati internazionali non si riconosca ai Francesi il medesimo dritto nel paese, al quale quelli si appartengono: il quale articolo sarà meglio svolto nel §. 36.

In rapporto dei beni è detto nell'art. 3, che gli stranieri sieno soggetti alle leggi Francesi per i loro immobili, donde può trarsi la tacita conseguenza, che i mobili sieno esclusi dall'applicazione d'un tale principio, dovendo essere regolati dagli *statuta personalia* del proprietario. Questi principii abbisognano però di essere più esattamente determinati.

Quando una legge riguarda particolarmente i mobili, come per esempio, il divieto di esportazione, o disponga che questi non possano essere gravati d'ipoteche nè essere ordinariamente l'obbietto d'una *vindicatio*, naturalmente anche lo straniero vi è soggetto. Egualmente quando gli è negato l'esercizio d'un dritto civile, come quello di ricevere per successione, e donazione (11). Quando una eredità è dispersa per molti territorii, deesi osservare su questa materia tanto controversa, che ove uno straniero abbia immobili in Francia, e lasci pure eredi stranieri, questi non potrebbero redare gl' immobili Francesi, quante volte non sia loro riconosciuta la capacità di succedere in Francia. Ma se essi abbiano realmente una tale capacità secondo l'art. 11, e le leggi del luogo, in cui si è aperta la successione dello straniero differenziassero dalle Francesi, opinano molti, che l'eredità dovesse essere regolata secondo le leggi del *locus rei sitae*, o del differenti luoghi, nei quali sieno sparsi i beni ereditarii, quando si governassero per dritti diversi (12). Ma ragioni predominanti sembrano sostenere l'opinione contraria (13). Giacchè l'articolo 110 ammette come sola legge regolatrice della eredità quella del luogo, dove questa fu aperta, e quando molte fossero le leggi, ne sorgerebbero sovente insuperabili difficoltà per la partizione dei debiti ereditarii. Appunto per rimuovere simiglianti difficoltà, fu elevato il novello principio (14), che non si possa

(1) Grolman, *Comm.* I. p. 48—60. *Germania*, Giorn. II. num. 13.

(2) Zacharià I. p. 52—67. Lassaulx, *Comm. al Cod. di Nap.* vol. I. §. 37.

(3) Art. 3. 2063.

(4) Art. 47, 170, 999, 1736, 1754, 1758, 1759, 1762, 1777.

(5) Art. 1000, 2128—*Code de Proced.* 546. Zachariae I. p. 128, 129.

(6) Art. 999 — Schmid, *Intr.* p. 364 a seg. — Grolman, *Comm.* I. p. 127—130.

(7) *Code de proced.* Art. 546.

(8) *Code d' instruction crim.* art. 5—7.

(9) *Code d' instruct. crimin.* art. 6.

(10) Art. 3.

(11) Art. 726, 912.

(12) Lassaulx, *l.* §. 37. Proudhon I. p. 56.

(13) Martin; *Opinioni di dritto*, v. I. num. 2. — Brauer, *Comm.* I. p. 34.

(14) Art. 102.

avere che un solo domicilio, ed il Codice considera pure l'eredità come una sola *universitas*. Nondimeno non è dubbio, che in simiglianti casi, le leggi proibitive Francesi, appunto perchè sono tali, debbonsi osservare anche dagli stranieri, il divieto, per esempio, dei fedecommessi (1).

Nella collisione dei dritti d' un Francese e d'uno straniero deesi distinguere:

Quando i dritti dello straniero sieno di tal natura, che il giudice Francese non debba rispettarli, trattandosi di privilegi per esempio, in tal caso egli deciderà naturalmente secondo le leggi Francesi.

Nel caso contrario si seguiranno le leggi patrie dello straniero. Così per esempio è principio predominante nella pratica Francese, che in generale gli *Status jura* dello straniero debbansi osservare anche in Francia, sicchè sposandosi un Francese con una straniera, se per le leggi patrie non lo potesse, il matrimonio sarebbe nullo.

SEZIONE VIII.

DURATA ED ABOLIZIONE DELLE LEGGI.

§. 16.

Nel Codice non è parola di tutto quanto leggesi nelle Pandette a questo proposito, giacchè per se stesso è manifesto, che il dritto più recente prenda le veci dell'antico, e che si possa in un modo semplice abolire un'antica legge o sostituirla e compierla in parte mediante una legge novella ecc. Ma sciaguratamente anche qui per una ordinaria sconsideratezza furono negletti molti punti importanti e controversi della scienza, e particolarmente il principio Romano sì rilevante, e tanto variamente ed erroneamente inteso, se una novella regola generale di dritto valga nel dubbio ad abolire le eccezioni, dalle quali era limitata l'antica legge. Perciò a tal proposito anche la scienza, come avviene ordinariamente, per diverse vie si è appigliata al contrario di quello, che i Romani con molta saggezza intendevano dire (2).

SEZIONE IX.

SULLA INTERPETRAZIONE DELLE LEGGI E DEI FATTI GIURIDICI.

§. 17.

1. *Interpetrazioni delle leggi* (a).

Nel primo progetto furono quà e là ventilate poche idee su questa materia, e nelle

(1) Art. 896.

(2) Questo si è fatto pure osservare da Brauer, *Comm.* V. v. p. 12.

(a) L'interpetrazione è l'atto dello spirito umano, col quale alcuno giunge ad avere coscienza del senso che si asconde in una legge, e traduce questa a se stesso in termini proprii e più chiari. Per elevarsi ad una tale intelligenza è necessario che l'interpetre si trasporti al punto di veduta del legislatore, riproduca artificialmente le operazioni, che si succederono nello spirito di questo, o meglio, che ricostruisca il pensiero, che si contiene nella legge. Nella sua applicazione però la parola interpetrazione fu intesa diversamente, ed ebbe pure una diversa estensione nella pratica. È comune opinione, che l'operazione dello spirito, che dicesi interpetrazione, sia necessaria nei soli casi di oscurità delle leggi. Senza negare, che in simiglianti casi un tale lavoro dello spirito riesca più utile ed anche più difficile, non può ammettersi come vera una tale opinione, senza limitare arbitrariamente l'estensione e l'esercizio d'un tale atto intellettuale, che in tal caso diverrebbe precario ed occasionale, giacchè in difetto di leggi oscure riuscirebbe al tutto ozioso. Secondo questa medesima opinione, non vi sarebbe interpetrazione, quante volte l'oscurità non fosse obbiettiva, ma provenisse dalle condizioni subbiettive dell'interpetre, e sarebbe necessario usare tutt'altra parola per indicare lo sforzo dello spirito di questo per penetrare il pensiero d'una legge. Ma in contradizione d'una tale opinione noi diciamo interpetre il legislatore, che ricompone sotto una forma novella alcune leggi, interpetre il magistrato, che lo applica, e le eleva a criterio dei suoi giudizii, interpetre il cittadino, che regola con esse i suoi rapporti sociali.

Presso i Romani la parola *interpetrazione* ebbe un più largo significato. La formazione istessa del dritto, ogni svolgimento posteriore di questo, ogni novella manifestazione giuridica fu detta *interpetrazione*. È da considerare, che i Romani più delicatamente e più avvisatamente di qualunque altro popolo seppero conciliare il rispetto che deesi al passato colla legge di progresso e di cambiamento dei bisogni e dei rapporti sociali, e questa adorazione del passato traluce anche dalle parole, ch'essi usavano nel significare i novelli cambiamenti, giacchè invece di dare a questi il loro proprio nome, consideravano le novelle leggi, come altrettante deduzioni o conseguenze di quelle già esistenti. Così pure nei tempi posteriori interpetri del dritto furono detti i grandi giureconsulti, i cui lavori produssero un tanto mutamento nella scienza del dritto, e furono fecondi di tante novelle creazioni scientifiche. Giustiniano proibì ogni interpetrazione, noverando una tale facoltà fra gli attributi Imperiali, ma se i posteri ebbero abbastanza di moderazione da scusare una tale determinazione in un Imperatore, che dovette rimanere colpito dallo spettacolo della confusione e del disordine dei rapporti giuridici al suo tempo, essi furono ben alieni da

discussioni fu interamente rimessa alla scienza, la quale si è poi per inerzia riportata alla dottrina dei Romanisti, sebbene non fosse rimasta estranea alle controversie di questi (1).

Nei tempi posteriori però l'interpetrazione autentica fu avvisatamente determinata da una legge del 16 dicembre 1807: in cui coll'art. 4 è detto, che il magistrato debba ordinariamente far uso del proprio criterio, quando siavi difetto conosciuto di leggi, o manchino queste di chiarezza. Senonchè la Corte di Cassazione può e deve volgersi al Supremo Potere per l'interpetrazione: lo può quando voglia annullare per la seconda volta una decisione opposta colle medesime ragioni, lo deve, se per la terza volta una medesima decisione sia portata davanti alla Cassazione. Qui può ventilarsi pure la quistione, sino a qual punto possa trarsi profitto dalle discussioni e dai discorsi officiali dei Consiglieri di Stato per chiarire il senso d'una legge: e si è concordemente opinato, che nei casi dubbii se ne possa trarre vantaggio per chiarire il significato d'una legge, e questo medesimo è stato detto posteriormente dalla stessa Corte di Cassazione (2), mentre non riconoscesi ai discorsi pronunziati nel Consiglio di Stato alcuna autorità, quando essi (ed è questo il caso più frequente) per una certa licenza oratoria espongono erroneamente la legge. Ma potrà giovarsi il magistrato delle discussioni del Consiglio di Stato in opposizione del significato chiaro della legge? Perchè essi non furono publicati come legge, e lo sono solamente gli articoli contenuti nel Codice, l'opinione vera si è, che l'espressione chiara della legge à forza giuridica anche contro le discussioni.

Interpetrazione dei fatti giuridici.

Su questa materia Pothier convenne nella opinione molto vera dei Romanisti (a), e questa fu accolta nel Codice senza alcun lavoro particolare (3).

volervisi ciecamente piegare, che anzi l'interpetrazione delle leggi Giustinianee fu il campo, in cui più che in ogni altro travagliossi l'ingegno dei grandi giureconsulti dei secoli posteriori.

Il Codice Francese non fa particolarmente menzione della interpetrazione, ma l'obbligo assoluto imposto al magistrato di giudicare malgrado il silenzio e l'oscurità della legge, e la destinazione speciale della Corte di Cassazione addimostrano abbastanza lo spirito del Codice Francese su questa materia. Ogni giudice à una libertà illimitata d'interpetrazione, ma l'unità del dritto è garantita contro le interpetrazioni arbitrarie dalla Corte di Cassazione, che collocata al di sopra di tutte le giurisdizioni esercita una sorveglianza tutelare anche quando la decisione contro la quale si dimanda il suo intervento, sia passata in cosa giudicata. Un tale scopo sarebbe meglio raggiunto, se la Corte di Cassazione avesse facoltà di giudicare essa stessa.

(1) Locrè, *Legislation de la France*, I. p. 4.

(2) Mailhier de Chassat, *Traité de l'interpretation des lois*. 1822, 8.

(a) I classici giureconsulti ci lasciarono a tal proposito alcune regole d'un senso pratico giuridico, e d'una precisione squisita: le principali sono le seguenti:

L. 19. DE VERB. SIGN. « *In conventionibus contraentium voluntatem potius, quam verba spectari placuit* ».

L. 80. DE VERB. OBLIG. « *Quoties in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res de qua agitur in tuto sit* ».

L. 34. DE REG. JURIS. « *Semper in stipulationibus et in caeteris contractibus id sequimur quod actum est, aut si non appareat quod actum est, erit consequens, ut id sequamur, quod in regione in qua actum est frequentatur* » — « *In contractibus tacite veniunt ea, quae sunt moris et consuetudinis* ».

L. 38. §. 18. DE VERB. OBLIG. « *In stipulationibus cum quaeritur quid actum sit, verba contra stipulatorem interpetranda sunt* » — « *L. 99. d. tit.* « *Fere secundum promissorem interpretramur* ».

L. 9. DE TRANSACT. « *Iniquum est perimi pacto id, de quo cogitatum non est* » — « *His tantum transactio obest, de quibus actum probatur: non porrigitur ad ea, quorum actiones competere postea compertum est* ».

L. 81. DE REG. JURIS. « *Quae dubitationis tollendae causa contractibus inseruntur, jus commune non ledunt* ».

(3) Art. 1166—1164.

PARTE SECONDA

Sull' obbietto delle leggi.

SEZIONE I.

DRITTI ED OBBLIGAZIONI.

§. 18.

Il Codice non ha deffiniti i dritti coattivi, nè avrebbe potuto occuparsi delle definizioni secondo il nostro modo di pensare. Ma per quanto si rapporta alla piena libertà di operare, ch'emana dal concetto d'un dritto, questa è riconosciuta in un modo assoluto nell'art. 544 senza che in menomo modo si riporti alla regola Romana morale, che sia vietato tutto quanto possa farsi eludendo la legge o a danno degli altri anche nella sfera del proprio dritto; sicchè secondo il Codice, che fa astrazione da quello che è moralità, una tale regola non sarebbe più applicabile: e fu questo osservato anche da Brauer (1).

§. 19.

Della natura d'un dritto coattivo partecipa anche la possibilità di attuare un dritto coll'uso d'una violenza esterna. Una tale violenza può essere:

1) Violenza privata (a). Il Codice si tace sul mezzo di farsi giustizia da se stesso, o sulla propria difesa, ma nel Codice Penale è quello vietato, lecito questo (2). Non si è fatto rivivere la Romana *poena simpli*, giacchè in generale il Codice seguendo le idee più moderne non ammette alcuna pena privata.

§. 20.

2) Naturalmente il Codice à ammessa la coazione mediante il potere giudiziario, ma pur troppo è difettoso sotto un tale rapporto.

Sulla distinzione delle azioni in *actiones in rem et in personam* e l'altra che ne consegue *in iura, in re, et in personam* è povero d'un modo inescusabile. In generale una tale dottrina non trovasi in alcun luogo trattata. Solamente in occasione della proprietà e del dritto di pegno si accenna alla *rei vindicatio et actio hypothecaria* (3), come pure di passaggio alla *hereditatis petitio* (4), e nel Codice di Procedura è toccata appena e vagamente la dottrina delle azioni personali e reali. Anche il contratto di affitto in opposizione delle idee precedenti è dichiarato valido contro i terzi (5). Restando questa dottrina al tutto

(1) Brauer, *Comm.* v. V. p. 15.

(a) Il ricorso alle proprie forze per vendicare la violazione d'un drillo, o per rimuovere qualunque ostacolo ostasse all'esercizio di esso è il primo ed immediato momento della storia del drillo penale. Un tale espediente è naturale e necessario nello stato di barbarie, quando alle forze individuali non predomina un potere pubblico ed indipendente, che si conservi colla forza, o coll'opinione. Ma quando un tale potere è costituito e rappresenta la giustizia o il dritto, ogni violenza arbitraria ed individuale è una ingiustizia, e come tale merita di essere repressa dalle pene. È questa la dottrina Romana, la quale esclude e condanna il ricorso alle proprie forze, mentre giustifica ed ammette la propria difesa. Nel primo caso:

L. 7. D. *ad Leg. Julium de v. pr.* (XLVIII 7.) (Callistrato).

« *Creditores, si adversus debitores suos agant per judicem, id, quod deberi sibi putant, reposcere debent. Alioquin si in rem debitoris sui intraverint, id nullo concedente: Divus Marcus decrevit, jus crediti eos non habere. Verba decreti haec sunt: Optimum est, ut si quos putasti habere petitiones, actionibus experiaris: interim ille in possessione debet morari tu petitor es. Et cum Marcianus diceret, vim nullam feci: Caesar dixit: tu vim putas esse solum si homines vulnerentur? vis est et tunc, quotiens quis id, quod deberi sibi putat, non per judicem reposcit, non puto autem nec verecundiae nec dignitati tuae convenire, quidquam non jure facere. Quisquis igitur probatus mihi fuerit rem ullam debitoris, non ab ipso sibi traditam, sine ullo judice temere possidere, cum sibi jus in eam rem dixisse, jus crediti non habebit* ».

Nel secondo caso:

L. 10. §. 16. D. *quae in fraudem.* (XLII. 1.) (Ulpiano).

« *Si debitorem meum, et complurium creditorum consequutus essem fugientem, suum ferentem pecuniam, et abstulissem ei id, quod mihi debentur, placet Juliani sententia dicentis: nullum interesse, antequam in possessionem bonorum ejus creditores mittantur, hoc factum sit, an postea, si antea, cessare in factum actionem: si postea huic locum fore.*

(2) Art. 328, 329.

(3) Art. 549, 2114, 2166.

(4) Art. 137.

(5) Art. 64, 404.

indeterminata, la proprietà rimane senza solide basi, donde provengono le più forti inconseguenze, le quali saranno indicate in seguito nella dottrina del sistema ipotecario.

La distinzione Romana delle azioni *in rei persecutoriae, poenales et criminales* manca interamente nel Codice, il quale rimette queste ultime al Codice penale, non ammettendo salvo poche e piccole eccezioni (1) alcuna pena privata. Così pure è stata rimessa alla scienza tutta la dottrina del concorso delle azioni, come quella tanto difficile anche per dritto Romano del passaggio delle azioni a favore o contro gli eredi. Sicchè deesi ritenere come lecita la *translatio activa et passiva* (2), quante volte non trovisi vietata, ed il medesimo è a dire dell'*actio revocatoria donationis ob ingratitudinem* (3).

Non è parola nel Codice delle *actionibus stricti juris* (4); molto meno si cura del nome che dovesse darsi alle azioni, avendo accolto il principio predominante nella nostra pratica, che dovesse abbadarsi piuttosto all'essenza istessa della cosa (*merita causae*).

§. 21.

3) Dritto di rinunzia. — Il Codice lo ha concesso a chiunque, a cui non sia particolarmente vietato; ma à trattata diversamente e distintamente la dottrina della cessione, che di necessità vi si connette, come sarà pruovato nel §. 162.

§. 22.

I. *Natura delle obbligazioni.*

L'antico principio, che l'obbligazione importi la necessità di adempiervi, e che colui che vi sia tenuto non possa per semplice arbitrio ricusarsi, è naturalmente riconosciuto anche nel Codice. Ma sulle nullità àvvi molto cose speciali, fra le quali è da porre mente particolarmente a quanto segue:

Per dritto Romano era nullo ogni fatto che era in contradizione coll'imperativo e col divieto d'una legge: in Francia per contrario era predominante la opinione, combattuta in vero (5) ma che nelle discussioni fu elevata al di sopra d'ogni dubbio, che siavi nullità senza che fosse pronunziata espressamente, quando la legge vieti un fatto, e non quando si limiti ad ordinare una certa forma, senza minacciare di nullità le altre forme. L'intera dottrina degl'impedimenti al matrimonio ci pruoverà, che questo fu il sistema degli Autori del Codice.

La minaccia della nullità non lascia sussistere una *obligatio naturalis*: giacchè ammettesi la restituzione, quante volte il pagamento avvenisse per errore, o fosse fatto da una persona incapace a pagare; il contrario è disposto, se scientemente si facesse da una persona capace, sia che il divieto legislativo provenga da ragioni generali, o da tutt'altro motivo, mentre i Romani in questo ultimo caso ordinavano sempre e saggiamente la restituzione (6). Una tale regola patisce una limitata eccezione solamente a favore delle donne (7). Il Codice non ammette la regola del dritto Romano, che il fisco possa appropriarsi i doni nocivi.

Riconoscesi, che possa provvedersi ad una nullità mediante una valida conferma (8), come pure si ritiene l'antica regola: *utile per inutile non vitiatur* (9).

La dottrina delle obbligazioni alternative è quasi tutta Romana (10); ma non vi sono risolute le quistioni tanto delicate, e particolarmente quella molto più delicata sul dritto di scegliere quando ammettesi la restituzione per successivo pagamento, e sugli svariati *casus mixtos*, quante volte la cosa perisse prima o dopo fortuitamente o per colpa d'una dello parti (11).

§. 23.

II. *Possibilità del fatto.*

A tal proposito ripetonsi gli antichi principii, che l'impossibilità di operare intervenuta senza colpa altrui dispensi il debitore dal dovere di adempiere alla propria obbligazione (12).

§. 24.

III. *Modi di afforzare l'obbligazione.*

Oltre del giuramento, secondo mezzo è la clausola penale regolata secondo i principii Romani (13), colla differenza, che non possa dimandarsi nel medesimo tempo la pena ed i danni ed interessi, giacchè quella può considerarsi come una *transactio de eo quod inte-*

(1) Art. 1442, 1477.
(2) Art. 724, 1012, 1133.
(3) Art. 957.
(4) Art. 1135.
(5) Zachariä, v. I. p. 75 — 77. Merlin, *Repertorio, nullité.* Grolman, v. II. p. 368.
(6) Art. 1235, 1238, 1377.
(7) Art. 1560.
(8) Art. 932, 1121, 1338.
(9) Art. 920.
(10) Art. 1189—1196.
(11) Brauer, Parte III. p. 144, 153. — v. p. 29—32.
(12) Art. 1146—1148, 1302, 1303.
(13) Art. 1152, 1226—1232.

rest (1) e che il giudice possa minorare la pena in proporzione del pagamento (2). L'ultimo pincipio è una deviazione poco giuridica dalla saggia regola: *particularis solutio pro nulla habetur*: fu preso da Pothier (3), che per manifesto erroro lo volle derivato dalla L. 9 §. 1. D. *si quis cautionibus* del dritto Romano, nella quale non trattasi dell'adempimento parziale d'una obbligazione, ma del caso, in cui alcuno adempia ad una sola delle molte obbligazioni comprese in una *promissio*.

§. 25.

Rapporto dei dritti e delle obbligazioni.

1) *Confusio*: è questo il mezzo onde estinguesi il dritto e la obbligazione, scontrandosi l'uno e l'altra nello stesso tempo in una medesima persona. A tal proposito si ripete di passaggio l'antica dottrina (4), ed anche l'antico principio (5), che quando l'obbligazione del debitore principale e del suo garante si confonde in una medesima persona, si estingue l'*obligatio accessoria*, giacchè niuno può stare come garante di se stesso. Senonchè nel Codice fu obbliata la saggia limitazione Romana, che l'*obligatio accessoria* continui a vantaggio del creditore, quando sia più sicura della *obligatio principalis*, come per esempio, nel caso che il debitore principale sia obbligato soltanto personalmente, ed il suo garante abbia dato un pegno, ed il primo erediti dal secondo.

§. 26.

2) *Collisione dei dritti*. Questa materia tanto importante è stato al tutto rimessa alla scienza, la quale non può trattarla altrimenti di quello che abbia fatto finora (6). I principii speciali del Codice sulla dottrina del concorso delle azioni saranno svolti nel sistema ipotecario.

§. 27.

Determinazioni accessorie dei dritti e delle obbligazioni.

I. CONDIZIONI.

Su questa materia sono ripetuti gli antichi principii negli art. 1168-1184. Nel Codice però furono trasandate molte delicate quistioni, sebbene vi si trovino non poche specialità. Merita una particolare osservazione quanto segue:

Furono tratte da Pothier (7) molte definizioni erronee (8). Nella *condictio mixta* fu obbliato il caso, in cui una condizione dipende in parte dall'arbitrio d'una persona, in parte da un avvenimento esterno naturale. Un tale difetto fu voluto coprire da Brauer (9), il quale facendo uso d'una *soavis interpretatio* comprende nelle parole, *Volonté d'un tiers*, un avvenimento naturale, che è ben noto essere ben altra cosa.

I Romani ammettevano il principio, che quando alcuno faceva dipendere una obbligazione da un suo fatto positivo, questa non esisteva prima d'un tal fatto, ma che cominciava dal momento della realtà di questo, dovendosi considerare solamente come *pendens*. Nell'art. 174 per contrario è dichiarata nulla l'intera obbligazione seguendosi il molto debole ragionamento di Pothier (10), senza far considerazione, che quello, che non è obbligatorio presentemente, può addivenirlo all'attuarsi d'un fatto, come opinavano anche i Romani (11).

Per dritto Romano ammettevasi contro colui, il quale non adempiva alla sua obbligazione, solamente un'*actio ad implendum*, ma nel Codice una tale inosservanza è considerata come una *condictio resolutiva* (12).

Anche in Francia fu accolto il principio Romano, che si debbano considerare come adempiute le condizioni negative e fisicamente impossibili, mancando ogni possibilità di violarle (13).

Il Codice non parla espressamente delle condizioni negative e moralmente impossibili, ma può affermarsi quanto segue:

Quando alcuno pone la condizione di non dovere eseguire alcuna cosa di cattivo, il contratto è nullo, giacchè il suo pensiero ricorre ad una *turpitudo*, che secondo gli art. 6, e 1172 à per conseguenza la nullità (14).

Quando alcuno si obblighi verso un altro sotto la condizione, che questi faccia alcuna cosa di cattivo, i Romani dichiaravano valida una tale obbligazione; potendosi considerare

(1) Art. 1152, 1229.
(2) Art. 1231.
(3) *Traité des obligations* l. 256—260.
(4) Art. 617, 705, 1300.
(5) Art. 2035.
(6) Thibaut, *Sistema del dritto delle Pandette* §. 86.
(7) *Traité des obligations*, T. I. p. 136. È da vedere a tal proposito Zacharia, parte seconda, p. 227—234.
(8) Art. 1170, 1171.
(9) *Comm.* p. III. p. 117, 118.
(10) *Des obl.* p. 205.
(11) Paolo, *in Leg.* 46. §. 2. D. *de verb. oblig.* (45. 1.)
(12) Art. 1184.—Thibaut, *Sistema delle Pandette* §. 672.
(13) Art. 1172, 1173. — Thibaut §. 93.
(14) Maleville, *all'art.* 1173—Brauer, part. v. p. 118, 119.

come una pena, e questa non è certo una colpa. Ma secondo il Codice un tale contratto sarebbe nullo, giacchè questo non ammette alcuna obbligazione, quando sia dipendente dal solo *facto potestativo* di chi si obbliga.

§. 28.

II. *Determinazioni di tempo.*

Sulle differenze e sugli effetti delle determinazioni di tempo sono ripetuti i principii Romani (1). Strane riescono le determinazioni seguenti:

Che d'un debito anticipatamente pagato non possa dimandarsi la restituzione secondo la *condictio indebiti*, il che è al tutto irragionevole, riflettendosi quanto alcune volte un anticipato pagamento possa nuocere ad un debitore. Molto più duro è il principio, che ove il debitore addivenisse insolvibile, o minorassero i mezzi di sicurezza, si potesse accorciare il termine del pagamento (2), purchè però il debitore ne sia egli stesso colpevole, come ci è pruovato dall'espressione *par son fait*, sebbene molti senza ragione ne dubitassero.

Sul modo di calcolare il tempo non è parola nel Codice (3).

§. 29.

Per quanto riguarda l'adempimento delle obbligazioni al tempo convenuto, e perciò la *mora colle* sue conseguenze, deesi osservare:

1) Seguendo il dritto sino allora predominante il concetto della mora si ripone nel volontario inadempimento della obbligazione al termine convenuto (4) (a).

2) La mora del debitore venne regolata anche secondo le idee dominanti sino a quel tempo (5).

Il Codice non fa speciale menzione della *mora creditoris*, e parlasi solamente d'una legale *oblatio, consignatio et depositio* come mezzi, onde sottrarsi alla *mora* ed estinguere l'obbligazione (6). È ben manifesto, che quì furono confusi non altrimenti che fanno molti dei nostri più antichi giuristi, l'estinzione della obbligazione, ed il mezzo onde sottrarsi alle pene della mora (7), il quale ultimo risultato consegue ragionevolmente dalla valida *oblatio*.

3) Effetti della mora: in generale questa materia è stata trattata secondo le idee preesistenti (8). Ma al tutto nuova è la disposizione del Codice, che la semplice *mora* del *debitoris* sia causa della rescissione del contratto (9), e saggiamente è statuito, che quando fosse estinta l'azione principale, possa intentarsi quella per i frutti e per le altre accessioni. Secondo il dritto Francese in opposizione del Romano l'obbligazione di vigilare sulla cosa non cresce o minora a causa della *mora*, nè cambia il valore, che dovrà pagarsi della cosa, molto meno ne consegue la perdita del dritto di scegliere (10).

4) Modo di sottrarsi alle conseguenze della *mora*. In generale una tale dottrina non trovasi trattata nel Codice, e leggonsi appena relativamente alla vendita alcune particolarità, giacchè si ritiene, che nella vendita degl'immobili debba ammettersi la *purgatio morae*, non essendo il valore di essi momentaneo (11).

5) Rispettivamente al modo onde s'incorre nella *mora debendi*, nell'art. 1139 è ripetuto l'antico principio, ch'essa non comincia prima della *sommation*, quante volte non sia altrimenti determinato per legge o per convenzione. Un tale articolo contiene le seguenti importanti specialità:

Che la *sommation* debba esser fatta mediante un atto publico o giudiziario, e da un notajo, o da un usciere: che la semplice indicazione del tempo del pagamento non costituisca la *mora*, quando non sia convenuta espressamente, il che a ragione fù variamente contradetto nelle discussioni sebbene senza alcuno risultato (12).

(1) Art. 617, 1185 — 1188, 1737 1937, 1865, 1881, 1899—1901.—Pothier I. p. 153. Thibaut, §. 632.
(2) Art. 1188.
(3) Zachariä, v. I p. 125—128.
(4) Art. 1146, 1184, 1655.
(a) Nel dritto Romano è deffinito il concetto vero della *mora*, e vi sono pure con molto senso pratico indicate le regole per determinarne l'esistenza e l'estensione.
L. 32. *pr.* D. DE USURIS (XXII. 2.) (*Marcianus*).
« *Mora fieri intelligitur non ex re, sed ex persona, id est si interpellatus opportuno loco non solverit, quod apud judicem examinabitur. Nam ut Pomponius libro duodecimo epistolarum scripsit, difficilis est ejus rei definitio. Divus quoque Pius Tullio Balbo rescripsit, an mora facta intelligatur, neque constitutione ulla, neque juris auctorum quaestione decidi posse: cum sit magis facti quam juris* ».
(5) Art. 1139, 1146.
(6) 1257—1264.
(7) Thibaut, *Sistema delle Pandette* §. 101.
(8) Art. 1138, 1147, 1153, 1302, 1303, 1611, 1652.
(9) Art. 1184.
(10) Thibaut, §. 99—Brauer, *Comm.* part. V. p. 36—38.
(11) Art. 1656, 1657.
(12) Maleville, all'art. 1139.

§. 30.

III. *Modus.*

Una tale materia è al tutto regolata dai principii generali sui contratti; quello che vi à di nuovo si è, che ammettesi un'*actio revocatoria* anche contro il terzo possessore *ob modum non impletum* (1).

SEZIONE II.

ORIGINE DEI DRITTI E DELLE OBBLIGAZIONI.

§. 31.

Il Codice non contiene alcun titolo generale su questa materia. Vi è predominante il principio, che le formalità richiedonsi solo quando giovino alla sicurezza dei dritti, come per esempio, nella dottrina del matrimonio e delle ipoteche. Si accenna pure in qualche modo alla differenza fra il *consensus specialis et praesumptus, expressus et tacitus* (2). Ammettesi anche la *ratihabitio* come un mezzo di riparare ad un vizio dell'atto (3), ma non in quella estensione, con cui la concepivano i Romani, secondo i quali aveva una forza retroattiva fino al tempo del cominciamento del fatto giuridico.

§. 32.

Estinzione, conservazione, e rinnovazione di essi.

Il Codice non contiene nulla di generale a tal proposito (4), ma quanto vi à dipiù essenziale è accennato nel trattato speciale delle obbligazioni; e di ciò sarà parola nella parte terza di questa trattazione.

SEZIONE III.

SUBBIETTO DEI DRITTI E DELLE OBBLIGAZIONI.

§. 33.

Sotto questa categoria debbonsi prendere in particolare considerazione le seguenti dottrine:

1. *Capacità di dritto.* La capacità naturale è considerata nel Codice nel modo che segue, sebbene molte cose sieno male a proposito:

Manca nel Codice la distinzione fra gli uomini ed i *monstra*, sulla quale leggesi nel dritto Romano una definizione viziosa (a). Ma perchè il Codice parla solamente d'*enfants*, pretendesi da Brauer (5) che debbasi anche ai *monstris* riconoscere la capacità di dritto; ma certo nessun Francese dirà *mon enfant* d'una massa di carne senza testa e senza membra, come avvene alcune volte. Ma considerando, che il Codice, come sarà detto in seguito, nega la capacità di dritto ai figli non nati vitali, è più naturale che sia negata anche ai *mostris* come opina Lassaux (6), e che si rimetta ai giudici il giudizio sulla mostruosità.

Ammettesi anche nel Codice il principio Romano, che debbansi lasciare *in pendenti* i dritti possibili e futuri degli embrioni (7).

È pure espressamente detto, che condizione essenziale per l'esercizio del dritto è la vitalità (8), ma fu rimesso alla scienza medica fissarne il termine, e questo fu limitato a 180 giorni (9). Relativamente alle presunzioni di morte, quando avvenga a molti di morire nel medesimo tempo, contengonsi negli art. 1720, 1722 le seguenti distinzioni, le quali sono in loro stesse chiare, ma incompiute, sicchè molte piccole controversie se ne originarono (10). Secondo il Codice ed anche secondo la ragione fa d'uopo distinguere: quando vi sieno speciali probabilità, che una

(1) Art. 954, 1184, 2125.
(2) Art. 778, 1278, 1427.
(3) Art. 1220, 1339.
(4) Zachariä, v. II. p. 203—206, 254—258. A ciò ci riferiscono particolarmente gli art. 1235, 1304—1314.

(a) L. 14. D. *de* S. i. X. (I. 5.) (*Paulus*).

«*Non sunt liberi, qui contra formam humani generis, converso more, procreantur: veluti, si mulier monstruosum aliquid, aut prodigiosum enixa sit. Partus autem, qui membrorum humanorum officia ampliavit, aliquatenus videtur effectus: et ideo inter liberos connumerabitur.*

I Romani distinguevano pure fra uomo e persona; ed una tale distinzione era la riflessione del dualismo della classe degli schiavi e delle persone libere, giacchè sebbene si considerassero gli schiavi come cose, pure ad onta di qualunque astrazione non potevasi loro negare alcuni attributi umani.

L. 32. D. *de reg. juris* (*Ulpianus*).

«*Quod attinet ad jus civile servi pro nullis habentur, non tamen et jure naturali, quia quod ad jus naturale attinet, omnes homines equales sunt*».

(5) *Comm.* v. I. 363 363, v. p. 32.
(6) T. I. p. 120.
(7) Art. 393, 436, 437, 725, 906. — Sirey, *Recuil.* an. 1809, T. II. p. 115.
(8) Art. 725, 906.
(9) A cagione degli art. 312, 314.—Zachariä, v. I. p. 188.
(10) È da vedere Chabot, *Des successions*, all'art. 722—Gönner, *Arch.* II, n. 14 — Brauer, II, 21 - 26.

persona sia sopravvissuta ad un'altra, si dovrà decidere secondo tali probabilità (1): in difetto di queste sono possibili i seguenti casi: o non si conosce l'età delle persone defunte, o questa è uguale: una tale difficoltà non trovasi risoluta nel Codice, e ragionevolmente deesi ammettere il principio che di niuna possa supporsi una morte anteriore o posteriore, ma contemporanea, nè potrebbesi favorire colui, che avrebbe dei vantaggi dalla morte anteriore dell'altro. Quando l'età delle persone defunte è conosciuta, e particolarmente nel caso, che sieno perite in un medesimo infortunio, vi sarebbero decisivi i seguenti principii: nel caso ch'entrambe fossero al di sotto degli anni quindici, si presume la morte del più giovine, come del più debole (2); quando avessero entrambe al di là degli anni 60, è presunta la morte del più vecchio come del più debole (3): se uno abbia meno degli anni 15, e l'altro più dei 60, si presume sopravvivere il primo, come più forte. In questi tre casi non è fatta alcuna distinzione di sesso, che è preso in considerazione solamente per *l'age intermidiaire*, giacchè la differenza predominante del sesso non si addimostra nè prima dell'anno quindicesimo nè dopo il sessantesimo: ove le persone defunte sien nella così detta *age intermidiaire*, ossia fra gli anni 15 e 60 per la presunta forza del più giovine si presume pure sopravvivere questo all'altro, ed il maschio, quando diverso ne sia il sesso, e quante volte uguale ne fosse l'età, *ou si la difference qui existe, n'excède pas une annee* (4): se una persona abbia meno degli anni 15 e l'altra sia fra i 15 ed i 60, si presume sopravvivere l'ultima; la quale decisione non è in vero espressamente pronunciata nelle leggi, ma può essere tratta dallo spirito di esse, giacchè *l'age intermediaire* è il periodo, in cui maggiore è la forza del corpo. Ove a più persone avvenisse di perire per diversi infortunii, nel silenzio della legge sorgono molti dubbii: ma perchè questa ritiene come più naturale la morte anteriore del più vecchio, il medesimo potrebbesi anche presumere in questo caso (5).

Il Codice à pure riconosciuto l'antico principio, che le persone dementi sieno incapaci dell'esercizio dei proprii dritti. Ma sono speciali del Codice le sagge determinazioni, che non debbasi tener conto dei *lucida intervalla* d'un demente, a cui siasi già assegnato un consulente, giacchè riesce infinitamente difficile fissare il *dilucidum intervallum*, come pure l'altra, che dopo la morte di colui, che non sia stato ancora interdetto, non possa presumersene l'imbecillità o demenza, se non quando manifestamente appariscano dalle sue azioni, giacchè pur troppo avviene sovente, che uomini egoistici accusino il defunto di demenza, persuadendosi che una tale accusa non passi oltre la tomba (6).

§. 34.

Capacità giuridica civile.

Il Codice non parla d'uno *status libertatis*, giacchè non riconosce alcuna schiavitù. Trattasi per contrario d'uno *status civitatis e familiae*, ma entrambi sono indicati colla espressione *état civil*, sotto la quale è pure accessoriamente compreso tutto quanto fu detto fin ora dello *status naturalis* (7).

§. 35.

Natura dello stato civile.

In generale s'intendono per dritti civili tutti quelli che sono riconosciuti nel Codice civile, sia fossero puramente positivi, o naturali (8). In rapporto collo stato civile distinguonsi le persone in tre classi, cittadini, stranieri, e morti civilmente.

1) I cittadini ànno in generale il pieno godimento di tutti i dritti privati e civili. Nondimeno ciò non basta, perchè possano dirsi *citoyens*, giacchè secondo la Costituzione Napoleonica per la capacità alle funzioni publiche abbisognano molte speciali condizioni, per esempio il sesso maschile, ed una certa età (9).

2) Gli stranieri nel periodo della rivoluzione furono sotto molti rapporti interamente pareggiati ai Francesi. Ma gli Autori del Codice, nei quali era predominante l'egoismo Francese, consideravano questa come una esagerata liberalità, sicchè fu statuito nell'art. 11, che gli stranieri dovessero avere l'esercizio di soli quei dritti, ai quali sieno ammessi i Francesi per contratto internazionale col loro governo. Ed a tal proposito è da osservare, che secondo le molte chiare discussioni intendevasi nell'art. 11 per *jura civilia* soltanto il puro dritto positivo Francese, riconoscendosi ad uno

(1) Art. 720.
(2) Art. 722.
(3) Art. 721.
(4) Art. 722.
(5) Art. 722.
(6) Art. 489, 502 — 504.

(7) Art. 34, 55, 77.
(8) Art. 7, 11, 22, 25, 102. Nel più stretto senso vi s'intendono quei dritti, che derivano non dal dritto di natura, ma dalle leggi positive, art. 11.
(9) Art. 7, 8.

straniero i *jura naturalia*. Ma il Codice si rimise alla scienza per quanto riguarda la definizione del *jus naturale*, e la pratica piegossi ad idee piu libere, giacchè considerò in generale il *jus naturale* ed il *jus rerum* come naturali, ed estese per quanto fu più possibilo agli stranieri in Francia l'esercizio delle loro leggi patrie. Agitaronvisi nondimeno molte piccole quistioni, e particolarmente sul concorso giuridico dei privilegi, che è tutto positivo e sulla prescrizione. Fu però espressamente determinato (1), che l'eredità dello straniero cedesse allo stato Francese, e che lo straniero in Francia non potesse succedere come erede, nè ricevere una donazione valida, sebbene potesse egli stesso farla ad un Francese. Ma una novella legge del 14 giugno 1819 abolì una tale limitazione imposta agli stranieri (2)

Per contrario fu riconosciuto agli stranieri il dritto civile di reclamare davanti alle Corti giudiziarie Francesi contro un Francese, o pure di soffrire reclami dalla parte di questo (3). Uno straniero non potrebbe pure reclamare in Francia contro un altro straniero, ma una tale regola patisce nella pratica una eccezione a favore dei debiti commerciali, o quando fosse stato questo volontariamente convenuto (a).

Quando anche per contratto internazionale si ammettessero gli stranieri all' esercizio dei dritti civili in Francia, un tal godimento soffre nondimeno la limitazione di poter essere obbligati a dare cauzione, quante volte volessero intentare una lite, d'essere soggetti all'arresto personale, di non poter fare da testimoni negli atti davanti notajo, nè da tutori, nè da membri d'un consiglio di famiglia (4).

3) Sui morti civilmente occorrono nel Codice molte determinazioni, delle quali sarà parola nel §. 37.

§. 36.

Modi di acquistare lo stato civile.

Ciò avviene per nascita. Napoleone propose nella discussione, che dovessero considerarsi come Francesi, coloro tutti, che sortissero di nascere in Francia. Egli non fu contradetto, ma la sua idea non venne accolta nel Codice. Secondo questo è Francese: 1) chiunque nasce da un Francese in estranea contrada (5). Ma non trovasi in alcun luogo espressamente determi-

(1) Art. 726, 912.
(2) Zachariä, part. I. p. 186, 187.
(3) Art. 14, 15.
(a) Le condizioni speciali e lo spirito della civiltà Romana ammettevano molte distinzioni nell'esercizio dei dritti civili e politici, che a noi educati in differenti condizioni e con altre idee riuscirebbero al tutto strane, quante volte non avessimo una intelligenza vera dello spirito della civiltà antica, e del carattere particolare della Romana.

I due termini estremi, che limitavano in Roma l'uso e l'esercizio dei dritti civili e politici erano la schiavitù, e lo stato di *civis Romanus;* era la prima l'assoluta negazione d'ogni dritto, esprimeva l'altro quanto vi à di più illimitato nell'esercizio della libertà civile. Fra questi due estremi, ch' esprimono da una parte l' opposizione del mondo Romano cogli stranieri, e dall'altra il genio della civiltà Romana, che s'impone alle popolazioni barbare soggiogandole e governandole colla forza, bavvi classi intermedie, le quali avvicinano i due estremi, e che formaronsi a mano a mano che i popoli vinti addivenivano incapaci di opposizione, e quindi meno stranieri alla civiltà Romana, ed a seconda che cresceva il bisogno per il popolo Romano d'ingrossarsi internamente per potersi estendere più largamente al di fuori. Queste classi intermedie fra la schiavitù e la cittadinanza Romana furono quelle dei peregrini, dei Latini, degli abitanti delle città alle quali venne riconosciuto il *jus Italianum*, ciascuna delle quali condizioni importa un esercizio più o meno limitato dei dritti civili, a seconda che più o meno si assomigliava allo *stato* di schiavitù o di cittadinanza Romana, essendo alcune volte un dritto personale ed immediato, altre volte mediato e derivato dalla qualità di cittadino d'una tale città, o proveniente dalla dimora in un determinato luogo.

È inutile osservare, che queste distinzioni sono al tutto mancate coi mutarsi delle condizioni sociali e per le novelle idee, che la scienza ed il semplice buon senso ànno presentemente dell'uomo e della società. Che anzi abbiam ragione di farci le meraviglie, come mai in tutti i Codici Europei si faccia ancora differenza fra Italiano e Francese, fra Tedesco ed Inglese per l'esercizio di quei dritti che diconsi dritti civili, per quanto una tale distinzione possa essere giusta, naturale ed anche necessaria per quello dei dritti politici: giacchè la prima categoria di dritti tiene alla condizione dell'uomo vivente in società indipendentemente dal luogo in cui vive e dal popolo, al quale appartiene, e come tale non può essere negata o limitata, senza limitare o negare i dritti stessi naturali dell'uomo: i dritti politici per contrario sono quelli che spettano all'uomo come cittadino d'un tale stato, come appartenente ad una tale nazione, e perchè gli stati e le nazioni sono diversi e diversamente per costituiti, è anche necessario che limitato ne fosse l'esercizio a seconda che un individuo vive in un tale luogo, sia educato secondo le leggi del tale popolo, sia riconosciuto e si faccia riconoscere come cittadino d'una particolare società.

(4) Art. 16, 908. — Codice di procedura art. 905. Codice di Commercio, lib. III, art. 319. Toullier, *Droit civil*, T. I. p. 185.
(5) Art. 10, §. 1.

nato, chi sia un Francese, sicchè molti convennero nella idea di Napoleone, sebbene altri arbitrariamente affermassero, che per la qualità di Francese determinante sia il fatto del suo domicilio in Francia. Per i figli illegittimi si à riguardo alla madre, ed al padre quando sieno riconosciuti: ma essi perdono la qualità di Francesi, benchè generati da una madre Francese, quante volte avvenga loro di essere riconosciuti da un padre straniero (1). Si accenna pure a questa materia nell'art. 19: il resto è rimesso alla scienza.

2) È pure Francese chiunque sia nato in Francia da alcuno che fu egli stesso Francese; è questo almeno implicitamente detto nella disposizione legislativa dell'art. 10. §. 2.

La qualità di Francese si acquista pure colla *naturalizzazione*, e particolarmente: a) per matrimonio contratto con un Francese (2): b) quando i figli d'uno straniero nati in Francia dichiarino nelle forme ordinate ed alla maggiore età di volere la cittadinanza Francese: il medesimo è quasi ordinato anche per i figli d'un Francese, che sieno nati in terra straniera (3): —c) Quando alcuno per concessione Sovrana prenda il suo domicilio in Francia, e lo conservi, o quando chi fu un tempo Francese, ricuperi il dritto della perduta cittadinanza nel modo indicato nell'art. 18-21.

§. 37.

Perdita dello stato civile.

Può avvenire in differenti modi:

a) per morte naturale, la quale estingue tutti i dritti civili (4):

b) addivenendo il cittadino un *peregrinus*, sebbene conservi tutti i *jura naturalia*.

Nella discussione fu ventilato il superbo pensiero, che un Francese non potesse volontariamente rinunziare al suo dritto di cittadinanza, che una tale perdita avvenga, solo quando alcuno si faccia cittadino d'un altro Stato, o quando una Francese vada a marito con uno straniero (5). Il pensiero non fu in seguito approvato; sicchè con decreto del 26 agosto 1811, e del 21 gennajo 1812 venne statuito, che il dritto di cittadinanza non fosse perduto col semplice domicilio in uno Stato straniero, quando ciò facevasi per concessione Sovrana, che non ottenevasi per altro senza il pagamento di forti somme.

c) Nel caso che il cittadino perda alcuni dritti, sebbene ne conservi degli altri. Ciò avviene quante volte alcuno per misfatto sia condannato alla morte civile. Un tale *servus poenae* è pure considerato come morto naturalmente; la sua successione è aperta agli eredi: egli può acquistare alcune cose solamente per *negotia juris gentium*, ed anche queste possono essergli tolte dal Fisco (6). Secondo il Codice di proc. art. 18 s' incorre nella morte civile colla condanna ai lavori forzati a vita, alla morte o alla deportazione. Questa veramente barbara istituzione fu molto vivamente combattuta (7) (a).

§. 38.

Determinazioni secondarie sullo stato civile.

Sono queste le importanti dottrine sugli atti dello stato civile, sul domicilio e sull'assenza, le quali al tutto neglette nel dritto Romano furono determinate con grande capacità ed accuratezza nel Codice.

§. 39.

Fra gli atti dello stato civile si noverano quelli relativi alla nascita, al contratto di matrimonio, alla morte, al divorzio, all'adozione, ed al riconoscimento dei figli naturali (8).

Il Codice si è intrattenuto con ispecialità dei soli registri di vita, di morte, e del matrimonio (9). Anche degli altri registri è detto in seguito e di passaggio quello ch'era necessario (10).

(1) Art. 334.
(2) Art. 12.
(3) Art. 9, 10.
(4) Art. 135.
(5) Art. 17, 19, 21.
(6) Art. 22 - 25, 31, 617, 1441, 1865, 2003.
(7) Zacharlä, part. I, p. 341 — 345, Toullier. t. I, p. 196—218.
(a) Alla nostra legislazione moderna è mancata una istituzione, che importava la limitazione dell'esercizio di alcuni dritti per *infamia*. L'infamia è oggigiorno al tutto subbiettiva, è il semplice giudizio della coscienza pubblica, che si rivolta contro un fatto immorale; il suo effetto si limita alla sola forza che può avere l'opinione universale sui sentimenti di decoro e di onore d'un individuo. In Roma era un fatto giuridico, importante in una repubblica tale quale la Romana, dove l'opinione popolare dava il potere e le grandezze, ed eravi un tribunale destinato a regolare ed a farsi interpetre d'una tale opinione, quello cioè di *Censori*. Varie erano le cause, per le quali s'incorreva nell' *infamia*; la perdita, che ne conseguiva, era quella dei dritti politici, sebbene questa influisse pure sui dritti privati. Una tale perdita era però proporzionata alle forze della riprovazione publica, alla quale servivano di organo i Censori; sicchè distinguevasi *minutio et consumtio existimationis, infamia juris et facti immediata, mediata*.
(8) Toullier, *droit civil*, T. I, p. 219—257.
(9) Art. 35—54, 99—101.
(10) Art. 234—294, 324—360.

Prima della rivoluzione non conoscevasi in Francia l' adozione, ed il riconoscimento solenne dei figli naturali; in conseguenza non credettesi necessario a tal proposito un registro publico. Ma per distinguere interamente la Chiesa dallo Stato, la giustizia dall' amministrazione, per decreto del 20 settembre 1792 l'esecuzione degli atti dello Stato civile fu affidata ad ufficiali particolari civili, ed in seguito un tale ufficio fu dato ai *Maires* per quei casi, nei quali sono ordinati dal Codice (1).

§. 40.

Relativamente ai principii che regolano gli atti dello stato civile, debbonsi distinguere: *principii generali:* questi trovansi svolti negli articoli 35,34,99,101, nei quali accuratamente è determinato tutto quanto si rapporta alle forme, alla publicità, alla conservazione ed inviolabilità dei registri, e non poche cose furono pure aggiunte posteriormente (2). Il governo non à publicate formole imperative, ma il Ministro dell'Interno no inviò all'intorno alcune come altrettanti modelli, che furono poi seguiti. Una semplice lettura di questi articoli basta per l'intelligenza di tutto quanto vi à di più essenziale, sicchè possonsi qui trasandare le più particolari disposizioni, specialmente perchè molte di queste formaronsi per consuetudine in questo ed in quell'altro modo. Debbonsi qui far rilevare quei soli punti, nei quali trattasi di svolgere principii difficili e particolari di dritto.

§. 41.

Speciale considerazione merita qui l'art. 46 sul quale discordarono moltissimo le opinioni. Quando si volessero ridurre a categorie tutti i possibili casi, si dovrebbero ventilare le seguenti quistioni.

I. È forse lecito pruovare uno stato civile diverso da quello, che trovasi indicato negli atti di esso? Perchè questi ultimi ne danno e sono la pruova più sicura, perciò il Codice parte dal principio fondamentale, che come tali si debbano considerare, e che si ammette tutt'altra pruova, solo quando possa addimostrarsi per testimoni o per documenti la loro inesistenza. Ma quando gli atti dello stato civile sieno difettosi o inesistenti, sono possibili i seguenti casi:

1) Che sieno perduti. Ammettesi in tal caso tutt'altra pruova secondo le parole chiare e non dubbie dell' art. 45 (3).

2) Che non sieno presentati. Vale secondo quest' articolo il medesimo che è detto solamente di alcuni altri atti (di matrimonio, di nascita, e di morte), ma che per analogia e per ragione è certo applicabile a qualunque altro.

3) Che i registri sieno presentati, ma che manchi al tutto un tale atto. Il medesimo art. non accenna a questo caso, ma logicamente vi si può applicare quello, ch'è detto sotto il num. 2, ed è ripetuto anche altrove (4).

4) Che il fatto sebbene trovisi registrato, lo sia però in un modo difettoso. In tal caso ammettesi secondo gli art. 99, 101 una *rectificatio*.

II. In che modo può farsene la pruova? Il citato articolo non fa menzione nè di giuramenti nè di confessioni, ma soltanto di carte di famiglia, giacchè lo *status* è troppo importante, perchè potesse farsi dipendere da un fatto convenzionale delle parti. Donde provengono le seguenti quistioni.

1) Il Codice fa menzione delle sole carte dei genitori defunti, giacchè per queste non può temersi alcuna frode. Ma molti pure opinarono, che potessero far pruova anche quelle carte, che fossero state prodotte contro i genitori, e sembra, che una tale opinione non manchi al tutto di analogia (5).

2) Può farsene la pruova con altri documenti? Il tribunato opinò, che dovesse passarsi sotto silenzio una tale quistione bastando la sola ragione per risolverla· ma i redattori del Codice si attennero strettamente alle espressioni limitate dell'articolo, sicchè fu agitata quistione fra i comentatori se debbasi seguire la ragione, o la lettera del Codice:

3) Può ammettersi la semplice pruova per testimoni? Secondo le parole del citato art. dovrebbesi risolvere una tale quistione per l'affermativa, ed anche il Tribunato non opinò diversamente, sebbene uno degli Oratori avesse una volta accennato, che alla pruova per testimoni si dovessero aggiungere anche alcuni altri *adminicula*, e molti comentatori convennero in questo pensiero in opposizione manifesta colla legge ed anche senza alcuna ragione, giacchè gli Oratori per sconsideratezza interpetrarono alcune volte al tutto erroneamente; al quale difetto non fu creduto necessario provvedere, non avendo i discorsi alcuna forza legislativa.

L'art. 46 ricorda solamente tre atti di stato civile, e non quelli di divorzio, di adozione, e di riconoscimento dei figli naturali. La ragione si è, che tutto quanto è detto di quelli può

(1) Locrè, T. I, p. 339—343. Zachariä, part. I, p. 147—172.

(2) Codice Penale, art. 192—195, 199, 200, 345, 353.

(3) Gli estratti tengono le veci dell'originale. Art. 45. Locrè, I. p. 379.

(4) Art. 70, 71, 198, 320.

(5) Art. 324, 325.

applicarsi per analogia anche a questi, fatta eccezione dell'adozione, la quale senza l'iscrizione sarebbe nulla ed in nessun modo valida (1). Furonvi però alcuni strani comentatori, che non ammisero una tale applicazione (2).

§. 42.

Sui singoli atti dello stato civile (3), sul registro di nascita, del contratto di matrimonio, e di morte, leggonsi molti piccoli particolari, i quali non abbisognano di essere chiariti. Occorrono poi molti principii speciali, che saranno svolti in seguito quando sarà parola dei figli naturali, dello scioglimento del matrimonio, e dell'adozione.

§. 43.

Domicilio.

Anche il *Forum* d' una persona è sotto il rapporto giuridico altamente importante, ed il Codice ne tratta (4), sebbene molte cose fossero state aggiunte nel Codice di procedura. Il *Forum* è:

A. *Generale*; questo è competente per tutti i fatti giuridici d' una persona. Sotto un tale rapporto anche il Codice ammette il conosciuto *forum deprehensionis*, ossia, la giurisdizione del luogo, dove alcuno s'intrattiene di fatto, senza avere manifestata l' intenzione di stanziarvisi fermamente (5), e poi il così detto *forum domicilii*, quello cioè del luogo, dove alcuno si è fermamente stabilito. Per dritto antico ammettevansi molti domicilii, quindi altrettanti *fora domicilii*, donde necessariamente originavansi molti conflitti, sicchè fu elevato il principio (6), che una persona non potesse avere che un solo *domicilium generale*. Questo domicilio è pure doppio:

a) *Voluntarium*, che è quello, che alcuno si sceglie liberamente, ed in tal caso egli à anche un *forum domicilii generale*, quando avesse altrove il suo principale stabilimento. Nel caso che alcuno s'intrattenga in due luoghi, egli non avrà alcun *forum domicilii*; e sarà soggetto al *foro deprehensionis*. L'antico domicilio è perduto per elezione di fatto d'un novello domicilio, o per semplice dichiarazione fatta nella municipalità (7).

b) *Necessarium*. Questo è denominato nel Codice *domicile de droit*, e *domicile réel* qualunque altro di elezione. Gl' impiegati, le donne maritate, i figli, i pupilli, e le persone, che sono al servizio altrui ànno un tale *domicile de droit* nel modo indicato negli articoli 106, 109. Rispettivamente ai pupilli vi à invero qualche difficoltà, giacchè quando si mettano in confronto gli art. 108 e 406, anche letteralmente presi, non potrebbesi dubitare, che per tutti i fatti della tutela debbasi ammettere il domicilio del tutore; e che sebbene sia statuito, che il consiglio di famiglia debba essere convocato in quello del minore, il resto però dovrà eseguirsi nel domicilio del tutore. Ma perchè l'osservanza d'una tale disposizione sarebbe riuscita non poco malagevole, la Corte di Cassazione à deciso, che per tutti i fatti relativi alla tutela il minore dovesse conservare il suo proprio domicilio (8). I figli illegitimi sono pareggiati dopo il riconoscimento in rapporto del padre ai legittimi (9). Ma non è detto, in qual modo si perda il domicilio di dritto: l'idea più naturale, per la quale anche i comentatori si mostrarono maggiormente inchinati, si è certo, che quando manchi la ragione del domicilio di dritto, ove per esempio avvenga il divorzio, esso cessi di essere *necessarium*, e che nel dubbio sino al cambiamento di abitazione debba essere considerato come un *domicilium voluntarium*.

B. *Forum speciale* per alcuni fatti particolari: nel Codice trovasene mentovati soltanto i due seguenti: a) *voluntarium*, giurisdizione del così detto *domicile convenu* (10). Molti affermano, che questo risponde all'antico *forum contractus*; ma una tale opinione è erronea, giacchè questo *Forum* dei Romani non differenziavasi dal luogo, dove il contratto era conchiuso, e che perciò era competente sopra tutto quanto riferivasi ad un tale atto. Questo, come pure l'antico nostro *forum administrationis*, sono al tutto estranei al Codice, ma il suo *domicile convenu* non è differente da quello, che dicevasi un tempo *prorogatio voluntaria*, quando alcune persone liberamente convenivano di assoggettarsi ad un domicilio differente da quello che sarebbe stato competente, come per esempio il potere giudiziario di Marsiglia per le quistioni, che potessero originarsi da un contratto conchiuso in Parigi. b) Gl' impiegati ànno generalmente interesse, ch' essi per tutto quanto li riguarda, avessero a fare con un uomo

(1) Art. 359.
(2) Lassaulx 172—174.
(3) Art. 55—98.
(4) Art. 102—111.
(5) Codice di Proc. Art. 59, 69. Toullier, *droit civil*, I. 257—378.
(6) Art. 102 - Locrè I. p. 387, 488. Maleville all' art. 111.
(7) Art. 103—105. E dubbio, se anche un straniero possa acquistare in simigliante modo un domicilio. *Locre* I. p. 493 - 496.
(8) Sirey, *Recueil*, T. X. n. 62.
(9) Art. 383.
(10) Art. 111.

sicuro *in loco*, e non fossero obbligati a corrispondersi colle parti: a questo scopo noi abbiamo in Germania i così detti publici *procuratores in loco*, ed il *forum speciale* è anche riconosciuto nel dritto Francese, senza che il *procurator in loco* dovesse essere per necessità un uomo publicamente autorizzato (1).

§. 44.

Assenza.

Quando alcuno si allontana dal luogo del suo domicilio, nel quale caso egli è detto dai Francesi *non présent*, l'attuale sua dimora può essere nota o ignota. Soltanto in questo ultimo caso egli è detto *absent*, e possonsi credere necessarii alcuni provvedimenti sia deffinitivi sia provvisorii a suo vantaggio, come pure a vantaggio dei suoi successori. Nel nostro dritto Germanico questa dottrina è al tutto negletta (2), ma nel Codice è trattata accuratamente (3), sebbene non poche cose sieno rimaste al tutto indeterminate, donde provennero molte quistioni ed una grande attività scientifica (4).

§. 45.

Debbonsi distinguere i seguenti periodi:

A. *Absence présumée.* Il Codice pone saggiamente ad idea fondamentale di questa dottrina il pensiero, che non debbasi essere precipitoso, quando un assente non lasci udire notizie di se, ma che sia soltanto necessario provvedere alla sicurezza dei suoi beni, e che non si possa dichiararlo assente prima d' un certo termine, e delle ordinate indagini. Quando ciò avvenga, egli è detto *absent déclaré*, giacchè prima è solamente *absent présumé*. Molti affermarono, che le parole *absent* ed *absence* significassero nel dubbio solamente l' *absence déclarée*, ma è da porre mente, che alcune volte vedonsi usate ad indicare la sola *absence présumée*, altre volte l' una e l' altra (5). Per quanto riguarda i principii particolari fa d'uopo distinguere secondo il Codice i seguenti casi:

a) Se un assente non abbia lasciato alcun mandatario in generale, le parti che ànno un interesse alla eredità, ed anche il Procuratore del Re possono volgersi al Tribunale competente per provvedere alla sicurezza dei suoi beni. Il Tribunale, quante volte lo creda necessario, può nominare un *curator bonorum*, e lasciar rappresentare l'assente in tutti gli affari giuridici da un notajo (6). Nell'espressione generale *parties intéressées* sono compresi secondo l' opinione la più vera coloro tutti, che abbiano un interesse presente o futuro, ed ai quali potrebbe provvenire un danno dall' abbandono delle cose dell'assente.

b) Quando sieno trascorsi quattro anni dal tempo della partenza o delle ultime notizie, le parti interessate (è questa una espressione generale, variamente intesa e discussa dai comentatori) possono dimandare la dichiarazione di assenza (7): sebbene il Tribunale prendendo in considerazione i motivi e le cause dell'assenza possa rimetterla ad altro tempo (8). Se il Tribunale creda doverlo fare, si dovranno ordinare delle indagini coll' intervento del publico ministero, e dopo che si sarà ottenuta la certezza dell'assenza: una tale sentenza come pure quella che dichiarerà l'assenza dovranno essere fatte publiche (9).

c) Se l' assente abbia lasciato un procuratore generale, le indagini sull'assenza non potranno cominciare prima dei 10 anni, quando pure il Tribunale non avesse giuste ragioni per rimetterle ad un tempo più remoto. Cessando però il mandato, sarà necessario provvedervi nel modo sopra indicato (10).

§. 46.

B. *Absence déclarée.* Dopo la sentenza del Tribunale si à l'*absence declarée*, la quale corre due periodi, quello cioè della *immissio provisoria* e l'altro della *immissio definitiva*. È da osservare, che coloro solamente potranno ottenere una *immissio provisoria* con cauzione, i quali erano i più prossimi eredi intestati dell' assente al tempo della sua partenza e delle ultime notizie, e ch' essi dovranno rilasciare ai successori straordinarii, ai donatarii e legatarii anche con cauzione quello, a cui questi avranno dritto (11). Molte difficoltà insorsero su questa materia (12); deesi però osservare che è conforme al novello sistema del dritto ereditario, che il dritto dell'*immissione* si appartenga ai soli eredi legittimi (13),

(1) Art. 176, 2148. Codice di Proc. 61, 435. 584, 909, 673 — Zachariä part. I. p. 298—308.
(2) Thibaut, *Sistema delle Pandette*, § 402, 425, 438.
(3) Art. 112—142.
(4) Per la letteratura di questa materia è da vedere *Zachariä*, p. I. 309—341.
(5) Art. 117, 121, 127, 137, 138.
(6) Art. 112—114. Locrè T. I. p. 562—567.
(7) Art. 112.
(8) Art. 117.
(9) Art. 116, 118, 119.
(10) Art. 121, 122.
(11) Art. 120, 123.
(12) Meglio che da qualunque altro fu trattata da *Grolman*, part. I. p. 447, 444, 451 — 457; 461—517.
(13) Art. 1004, 1011, 1014.

sebbene per molte analogie possa affermarsi, che in difetto di eredi legittimi, i così detti *successores irregulares* possano anch' essi dimandare l' *immissione* : in tutt'altro però sono pareggiati ai legatarii. Una difficoltà si è, che nell' art. 123 i legatarii sono dichiarati al tutto dipendenti dagli eredi: ma un tale articolo non si accorda perfettamente con quello 1006, secondo il quale riconoscesi alle volte ai legatarii la qualità di *sui* : questi legatarii debbonsi secondo ogni ragione pareggiare agli eredi nominati nell'art. 120. Un'altra difficoltà proviene dalla seguente quistione: quando gli eredi nominati nell' art. 123, i quali dopo l'immissione avranno a soddisfare le persone indicate nel medesimo art., non cerchino l' *immissione*, quali mezzi avranno questi ultimi per ottenerla? Non ostante tutte le istanze del Tribunato (1), obbliossi di risolvere una tale quistione, sicchè fu creduto necessario provvedervi con mezzi indiretti volgendosi al Procuratore Regio o alle persone indicate nell'art. 123 per la nomina d' un curatore. Un' altra difficoltà proviene dalla quistione; qual modo deesi tenere, quando tali persone non sieno nello stato di dare cauzione? il più naturale si è, di applicare a questo caso per analogia quello stesso, che si usa per l'usufruttuario (2).

L'immissione provvisoria è accordata a coloro, che al tempo della partenza dell'assente o delle ultime notizie erano i più prossimi eredi. Da ciò provengono pure grandi difficoltà per le seguenti quistioni: a) se A che al tempo della partenza era il più prossimo erede di B, sia divenuto incapace quando è dichiarata l' assenza, per esempio, per indegnità al momento della dichiarazione di assenza, e B trovisi essere il più prossimo erede, perchè questi non potrebbe ottenerne l'immissione? Quando volesse rispettarsi un tale positivo principio del Codice, si potrebbe appena scusarlo dalla taccia d'un errore, ed è perciò, che con ragione il dritto Badese à in ciò corretto il Codice Francese (3) b). Ma qual regola dovrà seguirsi, quando il dritto ereditario degl' immessi si muti durante l' immissione provvisoria? A questa quistione potrebbesi rispondere secondo la lettera del Codice, che coloro, che al tempo della partenza o delle ultime notizie erano i più prossimi eredi, conservano i loro dritti *ex immissione*, e divenendone incapaci, li trasmettono ai loro successori : il che avviene pure nel caso di rinunzia (4). Potrebbesi anche addurne la ragione, che il Codice pone ad idea fondamentale di questa dottrina, che l'assente fino alla pruova della sua morte non deve essere considerato nè come vivo, nè come morto, e che sino ad una tale pruova non possa darsi alcuna stabilità ai rapporti ereditarii. Ma perchè, come si addimostrerà in seguito, una tale idea non potette essere, ne fu pure svolta assolutamente, perchè il tutto fu determinato per probabilità, e che appunto perciò chiamavansi alla immissione coloro che erano i più prossimi parenti, così pare, che più conseguentemente avesse dovuto regolarsi il principio e la durata della immissione secondo il grado dei rapporti ereditarii al tempo della partenza: c) Infine, quando riesca posteriormente pruovare, che A, che à ottenuto la immissione non era al tempo della partenza il più prossimo erede di B, non potrebbe questi sostituire il primo? Una tale quistione dee essere risoluta per l'affermativa solo quando non possa opporsi a B la prescrizione di trent' anni (5).

L' immissione della quale fu parola non è altro che un *depositum* ordinato a vantaggio dell' assente.

d) L'immissione definitiva, la quale importa un dritto di disposizione a favore di coloro, che l'ottengono, succede all'immissione provvisoria. Quando questa si è protratta per 30 anni, o che sieno trascorsi 100 anni dal giorno della nascita dell' assente, tutti coloro che vi ànno dritto possono dimandare una immissione definitiva per poter disporre liberamente dei beni dell'assente. (6) Ma stantechè anche dopo i 100 anni il Codice non ammette come certa la morte, e perchè l'eredità è aperta solo quando questa sia pruovata (7), un tal dritto è dato a quelli soltanto, ai quali spetta l' immissione provvisoria, purchè non l'abbiano perduto per prescrizione. In tal caso però è accordato ai figli dell' assente un termine straordinario di 30 anni (8).

§. 47.

Le due immissioni, delle quali fu parola nel §. 46, cessano in un doppio modo : a) quando riesca pruovare la morte dell'assente, nel quale caso si apre la successione (9), e la libera disposizione dei beni è rilasciata alle persone, ch'erano al tempo della morte i più prossimi parenti. b) Quando l'assente ritorni, o possa pruovarsene l'esistenza (10).

(1) Locrè, T. I. p. 638—641.
(2) Art. 602.
(3) Brauer, *Comm.* p. I. p. 123.
(4) Locrè T. I. p. 582.
(5) Zacharià, part. I. §. 154.
(6) Art. 129.
(7) Art. 130.
(8) Art. 133.
(9) Art. 130.
(10) Art. 131, 132.

§. 48.

Sulle conseguenze dell' assenza, della immissione, e del termine di questa, deesi fare attenzione ai seguenti punti principali:

A. La proprietà dell'assente si compone dei soli beni da lui posseduti al tempo della partenza; i suoi successori non potrebbero pretendere quello che gli è potuto toccare in seguito, finchè non pruovino, ch'egli viveva a questo tempo. La ragione si è, che non può dirsi dell'assente, ch'egli sia vivo, o morto; e quando a suo disvantaggio non può provarsene l'esistenza, ne consegue a vantaggio dei terzi (quante volte non vogliensi, come non debbonsi lasciare incerti i dritti ereditarii), che questi abbiano un dritto proprio, dovendosi relativamente ad essi considerare l'assente come morto: ed è questo pure determinato per legge (1).

B. Nella immissione provisoria gli eredi immessi adempiono ad un semplice ufficio di procuratori della cosa altrui: ma in compenso delle loro fatiche cede loro una parte dei frutti, la quale sarà di 4/5 ritornando l'assente nei 15 anni, di 9/10, quando il suo ritorno avvenga fra i 15—30 anni: tutto questo è chiaramente statuito nel Codice (2).

C. L'immissione definitiva importa il pieno godimento e la libera disposizione dei beni. Ma l'assente o i figli di lui potranno sempre nel corso dei 30 reclamare i beni, che gli eredi immessi, conservino ancora.

D. Gli effetti dell' assenza relativamente al matrimonio sono, che la moglie possa continuare la communione dei beni fino alla dichiarazione definitiva dell' assenza, e dimandarne pure l' immissione, quand' anche vi fossero eredi intestati (3). Se la moglie contrae un secondo matrimonio, potrebbe essere accusata di bigamia dal solo marito (4), e nè anche dal Procuratore Regio: fu questo in vero trovato strano, ma è conseguente, giacchè il Codice pone ad idea fondamentale di questa dottrina il pensiero, che non possa presumersi dell'assente nè la morte, nè la vita.

E. Ai figli si dovrà provvisoriamente provvedere in quel modo, che è ordinato per ogni tutela (5).

(1) Art. 134—137.
(2) Art. 125—128, 130.
(3) Art. 124, 146.
(4) Art. 139.
(5) Art. 141—143.
(6) Art. 1686, 1689.
(7) *Molinaei Oper.* T. 1. p 239—241.

§. 49.

Una medesima persona può avere più dritti, e questo era detto nell'antico dritto *pluralitas personae*. Il Codice non ne tratta particolarmente, ed è ragionevole che si seguano gli antichi principii, che una medesima persona possa nello stesso tempo esercitare più dritti, purchè non si contradicano fra loro.

§. 50.

1) Il Codice à conservato l'antico dritto sulle *parti ideali* di più persone aventi un dritto comune, e sul *judicium communi dividundo* nella dottrina della società (6); ma vi si legge qualche cosa di speciale, che si diparte interamente dal dritto Romano, ed è d'una grande importanza pratica. Per dritto Romano, quando per divisione la parte ideale d'un *condominus* veniva assegnata ad un altro, era questo un vero e nuovo acquisto, e ne seguiva che il novello acquirente doveva pagare quei pesi, che gravitavano su questa *nova acquisitio*. Era certo un tale obbligo qualche cosa di duro per chiunque era tenuto ad adempirvi, sicchè vecchi ed astuti pratici Francesi ricorsero alla *fictio juris*, che la parte divisa dell'altro *condominus* dovesse essere considerata come appartenente già da prima a colui, al quale venga di recente assegnata. Il grande avvocato del Parlamento, Molineo (7) protestò contro questa idea, che non è certo giuridica, ma la pratica tenne il fermo: sicchè il più delle volte fu applicata senza opposizione (8), donde passò certo nel Codice (9).

2) *Dritti d'una communità:* si accenna invero di passaggio ai Communi (10), ma le principali idee sulle *Universitates* furono abbandonate alle leggi amministrative. Molte altre leggi seguirono posteriormente (11), ma non esprimono alcuna idea vera e fondamentale di dritto, giacchè il Governo à sempre temuto la libera mobilità dei beni communali, e perchè l'idea fondamentale Romana sulle *Universitates* non fu mai ben concepita in Francia.

3) *Rapporti solidali*. È da distinguere: A. l'origine dei rapporti attivi e passivi solidali. In tal caso il Codice seguendo l'antico dritto ammette nel dubbio fra più concorrenti una semplice *communio*, e quindi dritti ed obbligazioni

(8) Pothier, *De la communauté*. T. II. N. 709, *idem, du contrat de société*. N. 179, 180.
(9) Art. 883, 1468, 1476, 1872.
(10) Art. 542, 643, 910, 937, 1712, 2045, 2121, 2227.
(11) Spangerberg, *Repertorio*, p. 62—63.

pro rata, e la solidalità passiva ed attiva solo quando sia espressamente convenuta fra le parti, o ordinata per legge (1). Il Codice civile accenna pure (2), ed il penale dice espressamente (3), che quando fossero più complici, sieno tutti obbligati *in solidum* al ristoro dei danni.

B. *Effetti dei rapporti solidali attivi:* quando uno dei molti creditori si presenti il primo a dimandare l' intero si applicano in questo caso i principii Romani (4); ma molte cose furono lasciate al tutto indeterminate nel Codice, altre pure sono interamente nuove. In generale però rilevasi chiaramente che gli Autori del Codice non avevano ben concepita questa delicata dottrina. È pure da osservare, che quando un *correus credenti* esiga l' intero credito, dovrà dividere cogli altri *correis* (5), mentre più conseguente è la dottrina Romana, che questo non sia obbligato a ciò fare, ove non fosse stato espressamente convenuto. I Romani pure con molta conseguenza non ammettevano, che il *pactum remissorium* di un *correi credenti* potesse nuocere all'altro. Il Codice nega un tale effetto anche al giuramento ed alla confusione, fatta eccezione di quella parte che il *correus*, che viene soddisfatto, non è obbligato dividere cogli altri *correis credendi* (6).

Effetti delle obbligazioni solidali passive: Sotto un tale rapporto àvvi di speciale nel Codice, che i *Correi debendi* fatta eccezione dei garanti, non possano pretendere il *beneficium divisionis*, il quale secondo l'opinione dei più dei nostri giuristi sarebbe concesso per dritto moderno (7). È questo saggiamente ordinato, giacchè una partizione a rate è appunto in contradizione col concetto d'un debito solidale (a). È principio del dritto Romano, che quando un debitore solidale paghi l' intero con ciò egli non faccia, che adempiere al suo dovere, e non possa reclamare contro gli altri *correos debendi* per un pagamento a rate, quando non vi sieno tenuti come *correos:* una tale regola è certo conseguente, ma il Codice l'ha rigettata come ingiusta (8).

Un semplice *pactum remissorium* con un *Correo debendi* non affranca per dritto Romano gli altri *correos*, ed è questo pure conseguente giacchè *pacta* tra A. e B. non interessano un terzo. Il Codice segue un principio contrario, e considera un tale *pactum* come una vera *solutio* (9) non altrimenti, che la novazione, ed il giuramento (10). Per contrario la confusione non estingue il debito solidale che in parte (11).

§. 51.

Diversità delle persone.

1) Non leggesi nel Codice alcuna disposizione sulla differenza dei due sessi (b): esso à pure rimessa alla scienza la quistione tanto controversa degli armafroditi. Per questi àvvi un'assoluta incertezza, e lo *status* debbasi considerare come *pendens*, finchè coll'avanzarsi degli anni non riesca possibile scorgere, qual sesso vi predomini.

(1) Art. 395, 396, 1033, 1217, 1218, 1221, 1222, 1142, 1734, 1887, 2002, 2025.
(2) Art. 1734.
(3) Cod. Pen. art. 55. *Sirey*, T. V. p. 97, T. VIII, p. 32.
(4) Art. 1197—1199.
(5) Art. 1197, 1198.
(6) 1198, 1199, 1365.
(7) Art. 1213, 2026.
(a) Colla Novella 119 fu permesso al debitore richiesto del pagamento dell' intero debito solidale opporre il beneficio di divisione, quando gli altri condebitori erano tutti solvibili: perchè un tale beneficio cessasse, vi abbisognava una rinuncia espressa. Ma l'antico dritto Francese dipartissi da questa dottrina, seguendo il principio, che la natura d' una obbligazione solidale contradice ad un tale beneficio.
(8) Art. 1213.
(9) Art. 1285.
(10) Art. 1287, 1365.
(11) Art. 1209, 1301.
(b) La differenza del sesso aveva una maggiore importanza nel dritto antico Romano, che nel dritto moderno: essa influiva non solamente sulla capacità politica delle persone, sicchè Paolo diceva: « *quidam enim lege impediuntur, ne judices sint, quidam natura, quidam moribus; moribus foeminae, non quia non habent judicium, sed quia receptum est, ut civilibus officiis non fungantur*, ma limitava ancora la capacità civile delle donne, giacchè sottostavano ad una perpetua tutela, che dicevasi tutela del sesso per distinguerla da quella dell'età, non potendo senza l'intervento del tutore vendere le terre, o simiglianti *res mancipi*, nè contrarre debiti, testare, o intraprendere alcuna cosa di solenne (*legis actio et civile negotium*) ecc. Ma quando le idee della moderna civiltà cominciarono ad insinuarsi ed a sfiancare il mondo Romano, quando l'elemento Cristiano-Germanico fece rilevare il carattere subbiettivo dell' uomo e della donna, fu annullata ogni differenza, la quale fosse in contradizione coll'eguaglianza subbiettiva dell'uno e dell'altra; la capacità giuridica di questa divenne assoluta, e non vi furono apposte altre limitazioni, che quelle le quali derivano dal concetto del matrimonio, o che per sconsideratezza, ed in un modo al tutto inconseguente furono tratte dal dritto antico senza porre mente alla diversità del principio, che informava il dritto Romano. Ma se essa fu esclusa dall' esercizio dei dritti politici, n'è ragione, che il predominio dell'elemento subbiettivo nella donna la rende più idonea alla vita ed agli affetti domestici, anzi che allo svol-

2) Relativamente alla età il Codice ammette la distinzione principale *in minores et majores*, e fissa la maggiore età al compiersi degli anni 21 (1). Il Codice non à ripetnte le delicate gradazioni dei Romani, i quali distinguevano *infantes et impuberes*, *infantiae et pubertati proximos*, *pubertas plena* e *minus plena* (a), e da una tale inosservanza originaronsi molte difficoltà particolarmente nella dottrina del possesso, dei contratti e della risponsabilità *ob culpam*. Ma in altri casi anche il Codice distingue alcuni periodi dell'età (2).

3) Nel Codice trovansi pure sparsi quà e là dei cenni sullo stato di sanità corporale ed intellettuale (3), ma non vi à nulla a tale obbietto di determinato e preciso.

4) In rapporto della parentela il Codice non conosce i *quasi affines*, *affines secundi et tertii generis*. Esso distingue in generale, come i Romani, i consanguinei legittimi ed illegittimi, ed i parenti civili per adozione o affinità, e conta i gradi della parentela non altrimenti che facevasi per dritto Romano (4). Ma esso è incorso ridevolmente nell'errore di confon-

gimento delle facoltà intellettuali, oal tumulto ed all'agitazione della vita attiva.

(1) Art. 388.

(a) La considerazione del cambiamenti, che intervennero per dritto Romano nella capacità dei minori per l'esercizio dei dritti civili ci può essere pruova ed insegnamento della stupenda economia e dello squisito sentimento pratico e giuridico dei Romani nel rispettare le istituzioni del passato senza sconoscerne i novelli bisogni del presente. Nei primi tempi della civiltà Romana l'epoca della pubertà era quella in cui il minore acquistava l'assoluta capacità e l'illimitato esercizio dei proprii dritti. Ma ciò fu possibile soltanto finchè la semplicità dei costumi non fu insidiata dalle ricchezze e dai vizii d'una civiltà più avanzata, che già piegavasi a decadenza: sicchè un tale illimitato esercizio fu bentosto trovato pericoloso per gl' interessi del minore, e fu necessario provvedervi. Avrebbesi potuto provvedere ritardando la maggiore età, giacchè con ciò si protraeva l'incapacità del minore e quindi la durata della tutela. Ma un passaggio sì violento non si affaceva al senso giuridico e pratico Romano, e ripugnava al sentimento di fierezza e di superbia d'un cittadino di Roma; giacchè la capacità del matrimonio e delle cariche publiche cominciando dalla pubertà, sarebbe sembrato molto strano, che un padre di famiglia, che circondavasi di tanto prestigio fra le domestiche mura, e che disponeva della vita della moglie e dei figli, che un regolatore della Repubblica fosse dichiarato incapace dell'amministrazione e della libera disposizione dei proprii beni. Si provvide con mezzi indiretti e bene avvisati. Fu in prima minacciato di pena e d'infamia colui, che contraendo col minore, lo traesse in inganno: *atque iste dolus malus etiam legibus erat vindicatus*, *ut tutela* XII *tabulis et circumscriptio adolescentium lege Plaetoria*. Ma anche un tale ordinamento non fu bastante garantia per gl'interessi dei *puberi*, riuscendo sempre difficile pruovare il dolo, giacchè da chi rendevasene colpevole, non mancavasi di provvedere a tempo, perchè non fosse possibile pruovarlo. Fu ammessa come secondo mezzo di garantia la *restitutio in integrum*, che era un giudizio del Pretore, il quale prendendo in considerazione la moralità del fatto, lo dichiarava nullo rimettendo l'antico stato di cose. L'intervento di questo allo magistrato Romano fa pruova della validità dell'atto, giacchè *ubi contractus non valet*, *certo Praetorem non debere interponere*. Questi due provvedimenti non soddisfecero interamente al bisogno pratico di garantire i puberi senza violentare la loro capacità giuridica, giacchè le persone di buona fede si astenevano il più delle volte dal contrarre con essi per timore della pena o delle *restitutio in integrum*, sicchè era forza per essi volgersi a gente, che cercavano compensare il pericolo dell'una e dell'altra con un guadagno maggiore. Fu quindi ordinato, che i puberi non potessero nulla intraprendere o compiere d'importante senza l'assistenza o l'intervento d'un curatore, che nominavasi dal Pretore a richiesta istessa del pubere o di colui che volesse contrarre con questo senza pericolo di essere incolpato di dolo, o di soffrire la *restitutio in integrum*; ed è questa l'origine storica della cura dei minori. Queste parziali e graduate garanzie dei minori furono ordinate per Legge Pletoria, dalla quale provenne nel dritto Romano il novello concetto di un minore di XXV anni. (Savigny, *Ragionamenti storici di dritto, Lex Plaetoria*, Trad. Ital. part. II. p. 2.)

Fu rispettata in tal modo l'antica capacità dei puberi, fu provveduto dall'altra, ch'essi per giovanile sconsideratezza non dissipassero i loro beni. Può dirsi, che sotto un tale rapporto l'antica legislazione fu conservata da Giustiniano, sebbene i bisogni e le condizioni del popolo Romano non fossero più le medesime. Non si può pure negare, che questo modo lento e graduato di acquistare l'esercizio dei propri dritte, cominciando prima da una incapacità assoluta, acquistando poi quella di poter giovare a se stesso, e quindi l'arbitrio assoluto di provvedere ai proprii bisogni è molto più naturale, e risponde meglio alla realtà della vita, in cui lo sviluppo delle facoltà dell'animo e l'educazione del senso pratico negli affari è sempre successivo e graduato, di quello del Codice Civile Francese, che ammette un immediato passaggio da una assoluta incapacità ad un illimitato esercizio dei dritti civili, sebbene anche secondo questo Codice l'incapacità del minore patisca delle eccezioni per alcuni fatti giuridici e per alcuni minori, ripetendosi in tal modo parzialmente ed a modo di eccezioni quella graduazione successione, ch'era regola generale per i Romani.

(2) Art. 144, 277, 343, 361, 364, 433, 477.

(3) Art. 236, 435, 489, 499.

(4) Art. 161—163, 348, 733, 735, 736.

dere due regole (1), la Romana, la quale determinava i gradi secondo il numero delle generazioni, senza tener conto di ciascun *caput*, e quella del metodo moderno, che conta i gradi della linea collaterale per *caput* tralasciandone uno.

5) L'infamia giuridica è associata nel Codice penale con alcune pene (2), con quella del carcere, di morte, colla deportazione. Ma nessuno dei codici Francesi accenna in menomo modo alla *levis notae macula*.

Delle più importanti distinzioni dei fatti giuridici.

SEZIONE IV.

§. 52.

La sola distinzione, che ammette il Codice, si è quella di fatti colpevoli e di quelli, che non lo sono (3); ma in generale questa importante materia è molto poveramente trattata, e non ammettonsi tutte le delicate distinzioni Romane; fu pure tralasciata, fatta eccezione di pochi cenni, l'importante quistione, fino a qual punto debbasi la *diligentia in abstracto o in concreto* (4). Il solo e principale articolo (5) sulla colpa non fa alcuna distinzione fra i gradi di essa, e quando non vi fosse, che questo solo articolo, parrebbe, che si potesse in ogni caso dimandare una *summa diligentia*; ma pure s'intravede la teoria di Donello (6), secondo la quale, colui che riporta un danno da un fatto, non può reclamare che per il *dolus et culpa lata*. Vi si legge pure, che non valga un *pactum remissorium de dolo futuro* (7), e che debbasi piuttosto mettere in salvo la cosa altrui che la propria (8): è detto qualche cosa sulla compensazione fra la colpa e le cure (9), ed in fine si accenna pure di passaggio alla difficile dottrina della pruova della colpa (10) (a).

Sull'obbietto delle azioni, ossia delle cose.

§. 53.

I. *Cose, le quali sono o non sono in commercio.*

Il Codice esclude alcune cose dal commercio, solo in quanto esso dichiara alcuni beni incapaci di prescrizione, e di addivenire proprietà privata (11), per esempio, le strade, i fiumi, le riviere, le coste dei mari, i porti, i seni ecc.

Molte altre cose, che si apparterrebbero a questa materia saranno trattate nella dottrina dell'occupazione §. 185.

(1) Art. 738. Dalla lettera di questo articolo parrebbe da credere, che si seguisse solamente il computo Romano.
(2) Cod. Pen. Art. 7, 8.
(3) Art. 1116, 1137, 1151.
(4) Art. 1927.
(5) Art. 1137.
(6) Art. 804, 1927, 1928, 1992.
(7) Art. 1628, 2046.
(8) Art. 1818.
(9) Art. 1850.
(10) Art. 1808.
(a) La dottrina Romana sulla colpa fu obbietto di cieca ammirazione, e le molte distinzioni, che occorrono a tal proposito nel dritto Romano furono credute un lavoro altamente scientifico, ed anche utile per la pratica. Ma per poco che si rifletta attentamente, sarà forza persuadersi, che queste distinzioni non riflettono nè rappresentano il principio istesso d'una sì difficile materia, ch'esse per nulla ajutano il ministero del magistrato, e che niente altro pruovano che l'inutile sforzo di ridurre a formole ed a categorie certe ed assolute una dottrina, che ripugna alle une ed alle altre. Ed in vero dopo aver distinta la colpa in *culpa lata, levis, e levissima, in culpa gravis et levis in abstracto et in concreto*, dopo avere distinto i singoli contratti, la natura diversa dei quali importa differenza d'imputabilità del colpevole, si avrà forse con ciò ajutato il criterio del magistrato a determinare il grado di colpa e di dolo. Pria di potere ridurre un fatto colpevole e concreto ad una di queste categorie, è sempre necessario determinare la prima la moralità dell'atto, estimare col semplice criterio morale il danno e l'imputabilità del colpevole prendendone in considerazione le condizioni subbiettive ed obbiettive, e quando ciò venga fatto, sarà già risoluta la quistione senza che per nulla importi sotto quale grado d'imputabilità o a quale categoria si possa e si debba ridurre l'atto ed il colpevole.

Gli Autori del Codice civile Francese meglio sentirono la natura e le difficoltà della dottrina della colpa. Essi avvisarono doversi limitare ad alcuni principii generali, — che ogni uomo debba rispondere del danno recato ad un altro, — che ciascuno dovesse volgere alle cose altrui la medesima cura, che usa per le proprie, — che questa è quella d'un buon padre di famiglia. Non si lasciarono imporre dall'autorità delle Leggi Romane, nè dalla sconsiderata ammirazione di alcuni, che si appagano d'una esterna chiarezza, e non distinguono le formole e le categorie che non vanno al di là delle parole da quelle delle idee. Gli stessi Autori si accontentarono di pochi principii morali che mentre si giustificano filosoficamente, riescono sommamente facili ed intelligibili al buon senso pratico, dando piuttosto una norma anzi che imporre leggi assolute e categoriche al criterio del magistrato.

(11) Art. 538, 2226.

§. 54.

II. *Distinzione delle cose.*

1) Cose corporali ed incorporali:
Una tale distinzione è vagamente ripetuta, ma senza alcuna profonda trattazione (1).

§. 55.

2) Cose mobili ed immobili.
Qui molti piccoli particolari sono necessarii per la vita pratica, ed è perciò che il Codice contiene non poche speciali indicazioni (2). Vedonsi ripetute tutte le antiche idee sulle cose, le quali possono essere fisicamente o giuridicamente mobili o immobili, e la maggior parte di esse sono pure esattamente determinate. Giungono molto strane due disposizioni: 1) che le *azioni* di commercio debbansi considerare come mobili, anche quando la compagnia possegga immobili: 2) e che una rendita perpetua debba essere pure noverata fra i mobili (3). Una tale disposizione legislativa tanto combattuta fu ammessa perchè non volevasi stabilire un rapporto, che si assimigliasse in qualche modo al rapporti feudali, e perchè pensavasi, che ogni rendita immobiliare sia redimibile e perciò mobile.
Molte cose furono a tal proposito obbliate, e perciò non abbastanza esattamente determinate; così
A. Le *actiones de statu* furono al tutto dimenticate: per analogia sarebbe molto più naturale di collocarle nel numero delle cose mobili, sebbene più logicamente potrebbesi affermare, che perchè sono incorporali e mancano d'un determinato obbietto, non possano essere quindi considerate nè come mobili nè come immobili (4).
B. Nell'art. 526 e 529, nei quali le azioni sono considerate come immobili o mobili secondo il loro obbietto, sono interamente obbliati tutti quei dritti ed azioni, fatta eccezione delle servitù e della proprietà, i quali ànno un immobile a loro obbietto. Dal confronto di quei duo articoli risulta *implicite*, che tutti i dritti, che ànno un immobile a loro obbietto, sieno nel novero degl' immobili, fatta eccezione della ipoteca, che come accessoria è regolata secondo la natura del dritto principale (5).
Del resto è molto strano, che fra le servitù personali si faccia menzione del solo usufrutto e non del *usus* e della *habitatio*, le quali si appartengono certo alle immobili, quando il loro obbietto è immobile.
C. Che dovrà dirsi delle azioni, il cui obbietto è misto, come l'azione creditoria? Il metodo più naturale sarebbe, che si distinguano questi obbietti, e si dichiarino quindi le azioni parte mobili parte immobili. Ma a qual decisione appigliarsi in un caso molto difficile, quando un dritto si rapporti alternativamente ad una cosa immobile o ad un mobile? Senza una legge positiva è ben malagevole per la scienza decidere. Per un caso di simigliante natura ossia per l'azione di rescissione, e di lesione la Corte di Cassazione à elevato il principio, che una tale azione sia sempre mobile, giacchè lo scopo principale di essa è il pagamento del resto del prezzo.
Ma con ragione questa dottrina venne rigettata dai più (6), giacchè per legge un tale reclamo dovrà essere alternativo (7), dovendosi piuttosto ritenere, che quando abbia a suo obbietto un immobile, sia sempre immobile anch'esso: stantechè l' azione essendo una vera azione di nullità, obbietto principale di essa è la restituzione della cosa, e la facoltà che si accorda al compratore di pagare il resto del prezzo non è un obbligo primitivo, ma solamente un dritto di questo.

§. 56.

3) *Res fungibiles et non fungibiles:*
Anche il Codice ripete l'antica distinzione, che dipende dalla natura delle cose, secondo che queste durino, o si consumino coll'uso (8).

§. 57.

4) *Cose semplici e composte:*
Il Codice non fa menzione d'una sì delicata distinzione Romana, nè di quella *in universitates juris et facti*. Le eredità ci porgono un esempio della *universitas juris*, ma il concetto squisito di essa non vedesi definito; che anzi dai pochi e dubbii cenni scorgesi (9), che una tale materia non fu ben concepita (10). Non tro-

(1) Art. 528, 529.
(2) Art. 516—636. È da vedere a tal proposito Zachariä, part. I, p. 358—369.
(3) Art. 529, 530, Zachariä, part. II. pag. 183. 499.
(4) Zachariä, part. 1, §. 171 nota 5.
(5) Brauer, *Comm.* part. I, p. 377—386.
(6) Pothier, *Contrat. de vente*, N. 330, 331.— Grenier, *Traité des donations*, T. I, p. 365.
(7) Art. 1681.
(8) Art. 587, 589, 1291, 1851, 1874, 1878, 1892, 1894.
(9) Art. 132, 747, 1067, 1407, 1433—1435, 1470 1553, 1558.
(10) Zachariä, part. I, p. 356 — 357, si esprime pure in un modo vago.

vasi in esso determinata la regola, *res succedit in locum pretii*, *pretium*, *in locum rei*, e dubbia ne è l'applicazione (1).

Per natura delle cose dovrebbesi rigettare la regola (*subrogation des choses*), giacchè dal fatto che una cosa si appartiene ad A, segue solamente, ch'essa dovrà rimanere a questo, ma non potrebbesi conchiudere, ch'egli debba toccare anche le altre cose, che B potrebbe procacciarsi da essa (2).

§. 58.

5) *Cose divisibili ed indivisibili:*

Vi si vedono ripetute le idee comuni e precedenti tratte dalle opere di Molineo (3), e di Pothier (4). Quello che del resto è detto nel Codice è chiaro, ma nell'art. 1221 si è incorso in un evidente errore, originatosi certamente dall'essersi studiato leggieramente il lavoro di Pothier, giacchè per sconsideratezza alla parola *créancier* fu sostituita quella *débiteur*, ma in rapporto ad un caso al tutto opposto.

§. 59.

6) *Cose accessorie e principali:*

A tal proposito mancano nel Codice i principii generali, sicchè torna necessario giovarsi delle rette idee del dritto Romano, escludendone il principio tutto speciale, ch' estinta l'azione principale non potrebbesi reclamare l'accessorio, giacchè una tale regola si fondava sull'antica regola, che il reclamante dovesse avere un positivo *fundamentum agendi*, e che potesse reclamarsi per gli accessorii solamente coll'azione ammessa per la cosa principale.

§. 60.

Fra le cose accessorie debbonsi distinguere.

A. Le *pertinenze*, sulle quali il Codice ripete chiaramente l'antica e retta idea (5) che la determinazione del proprietario valga a convertire una cosa in *pertinenza*, quante volte sia aggiunta ad un'altra per compierla, ed in modo da non poterne essere distaccata.

§. 61.

B. *Spese*. Le antiche idee su questa materia furono bene applicate anche nel Codice (6).

§. 62.

C. *Frutti*. Anche a tal proposito trovasi ripetuta l'antica dottrina (7); ma non si fa menzione dei *fructus percipiendos*, probabilmente, perchè tutto quanto sarebbe più necessario a questo obbietto segue dalla dottrina del risarcimento dei danni. Il Codice non à pure distinto fra i *fructibus separatis et perceptis*, giacchè secondo la sua dottrina basta la semplice *separatio* per ottenere quello, per cui i Romani richiedevano anche la *perceptio*.

§. 63.

Danni ed interessi.

D. Il Codice ha seguito in questa importante e tanto controversa dottrina le idee di Pothier, nelle quali si appalesa una totale ignoranza di tutti i classici, e leggonvisi pure molte cose erronee e poco esatte (8).

È da osservare: a). Il Codice à rimessa alla scienza l'importante ed antica quistione, se dovesse computarsi l'interesse secondo il prezzo corrente, o secondo le affezioni particolari della parte danneggiata. b) Secondo il Codice, chi è *in dolo* o *in culpa* paga i soli danni, che seguono immediatamente dal fatto proprio, e non quelli che provengono dal danno stesso immediato. Se alcuno sia *in dolo*, dovrà pagare anche il danno, cui non era possibile prevedere secondo il corso ordinario delle cose; quando sia solamente *in culpa*, sarà tenuto a quei soli danni, ch' era facile antivedere. Non può quasi concepirsi, perchè non dovesse tenersi conto d'un *damnum mediatum necessarium*, e perchè si voglia essere indulgente per la *culpa* a disvantaggio del danneggiato. A tutto questo Pothier non pose ben mente, e si lasciò trarre in errore da una falsa intelligenza delle leggi Romane, le quali accennano a tutt'altro; che non debbasi tener conto delle semplici possibilità, e che àvvi una certa malizia, quando non si eviti un danno, cui sarebbe stato facile evitare. c) Il Codice molto saggiamente non ha ammesso l'ordinamento di Giustiniano, che l'interesse per alcuni obbietti non possa essere al di là del doppio: d) per contrario à ritenuto l'antico principio (9), che non vi sia obbligo degl'in-

(1) Art. 747, 1407, 1433—1435, 1470, 1553, 1548.
(2) Brauer, part. V. p. 107.
(3) Molineo, *Exercitat. labyrinthi dividui et individui*, *Opp.* T. II.
(4) Pothier, *des oblig.* T. I, 202—212. Brauer, part. VI, p. 194—107.
(5) Art. 524, 525, 535, 1018, 1019.—Brauer, part. V, p. 108.
(6) Art. 1375, 1381, 1634, 1635, 1673.
(7) Art. 482—586, 1771.
(8) *Traité des obligat.* I. 106—120. È da leggere Zacharia, part. II, p. 240—246.
(9) Art. 1147, 1148, 1382, 1383.

teressi, quante volte non vi sia colpa. e) Quando è convenuta una somma per gl'interessi, è questa considerata come una transazione, nè potrebbesi domandare altro interesse (1). f) Al tutto nuova e rigorosa è la disposizione del Codice, secondo la quale si rendono risponsabili i genitori, i maestri di educazione e gli artigiani dei fatti dei loro figli o dipendenti da essi (2), quante volte non riesca loro possibile pruovare la propria innocenza.

I *Padroni* ed *i committenti* per contrario rispondono assolutamente d'ogni danno commesso dai loro *domestici* e *garzoni* nell'esercizio delle loro funzioni.

§. 64.

E. *Interessi*. a) È dottrina del Codice, che non si possano dimandar gl'interessi, che per due cause, per *mora* e per convenzione (3): sono quindi dimenticati i testamenti, come pure sono omessi i moltiplici *singularia* del dritto Romano, ma con molta inconseguenza fu ritenuto il principio dei Giuristi Romani, che non si possano dimandare le pagate *usurae indebitae* (4). È speciale del Codice la regola, che gl'interessi che siano maggiori di quelli determinati per legge debbano essere espressamente convenuti: e che quando un capitale sia dato a prestito senza promessa d'interessi, la *mora* del debitore non cominci che dal momento del reclamo giudiziario (5). Ciò riesce molto strano, giacchè per principio generale (6) (a) una dimanda anche stragiudiziale produce la *mora*, e non va errato Brauer, quando chiarisce un tale strano articolo, osservando, che un prestito gratuito di denaro deve essere considerato come un contratto di amicizia, sicchè il reclamo del denaro mutuato dee essere molto rigoroso, perchè un tale contratto prendesse un carattere serio.

SEZIONE V.

SULL'ESERCIZIO DEI DRITTI, ED IN PARTICOLARE DEL POSSESSO.

§. 65.

La dottrina sul possesso è difettosamente trattata nel Codice. La fonte principale fu l'incompiuto e sterile trattato di Pothier (7), ed anche le discussioni ci pruovano, ch'era stata pure malamente concepita. Nondimeno si seguì nei punti più importanti il tanto difettoso *droit coutumier*, la cui conoscenza dovette avere qui naturalmente la maggiore influenza (8). La prima difficoltà per il Codice consiste in ciò, ch'esso non à svolta come una dottrina al tutto indipendente quella sul possesso, ma vi accenna solamente in occasione della vendita (9) e della prescrizione (10). Non è parola degl'interdetti, e vi si leggono alcuni cenni nel solo Codice di procedura (11). Per comprenderne tutta la materia, fa d'uopo distinguere le seguenti categorie:

I. *Concetto e natura del possesso* (b).

1) Il concetto del possesso è inteso nel Codice quasi nello stesso modo che intendevasi per lo passato: ed è detto: il possesso è la de-

(1) Art. 1152, 1122.
(2) Art. 1384.
(3) Art. 1153, 1652, 1846, 1905.
(4) Art. 1906.
(5) Art. 1904.
(6) Art. 1139.
(a) Meno precisa era la dottrina Romana sulla *mora*, giacchè questa costituiva piuttosto una quistione di fatto e di criterio morale, senza che per legge fosse determinato in quali casi s'incorresse, e quando cominciava. Ne è pruova il seguente testo:
L. 32. pr. D. de usuris (Marciano).
«*Mora fieri intelligitur non ex re, sed ex persona, id est si interpellatus opportuno loco, non solverit: quod apud judicem examinabitur. Nam ut et Pomponius libro duodecimo epistolarum scripsit, difficilis est hujus rei definitio. Divus quoque Pius Tullio Balbo rescripsit, an mora facta intelligatur, neque costitutione ulla, neque juris auctorum quaestione decidi posse: cum sit magis facti, quam juris*».
(7) Pothier, *Traité de la possessions*.
(8) Questo è stato eccellentemente trattato da Plank, *Dottrina del possesso secondo i principii del Codice Civile Francese*: e la letteratura di questa dottrina sino all'ultimo tempo ci è data da Zachariä, part. I. p. 393—413.
(9) Art. 1605, 1606.
(10) Art. 2228, 2241.
(11) Cod. di Proc. art. 23—27.
(b) L. I. §. 1. *de adqu. vel. am. poss.* (41. 2.) (Paolo).
«*Dominiumque rerum ex naturali possessione coepisse: Nerva filius ait: ejusque rei vestigium remanere de his, quae terra mari caeloque capiuntur: nam haec protinus eorum fiunt, qui primi possessionem eorum adprehenderint. Item bello, capta, et insula in mari nata, et gemmae lapilli margaritae in litoribus inventae ejus fiunt, qui primus eorum possessionem nanctus est*». Il concetto astratto e generale di questo testo si è, che il possesso è il principio della proprietà, ossia che questa comincî col possesso, *dominiumque rerum ex naturali possessione coepisse*. Il medesimo concetto dunque, che giustifica l'una è ragione anche dell'altro, e che perciò debba avere questo il medesimo carattere giuridico di quella. Se dunque la proprietà è un dritto, tale dee essere pure il possesso, giacchè se quella cominciacol possesso, sarebbe altamente inconseguente, come alcuni opinarono, che un dritto potesse generarsi da un fatto.

tenzione fisica d'una cosa o d' un dritto colla intenzione di conservarla in proprio nome (1). Il possesso non si limita dunque ad un semplice possesso di proprietà, ma comprende pure i *jura in re aliena*, ed altri dritti, come sarà pruovato chiaramente in seguito in occasione degl'Interdetti. Anche il Codice ammette un possesso *proprio nomine et alieno nomine*, a quello che conduce a prescrizione, quand'anche non trovisi indicato con un nome speciale. 2) Non si fa menzione delle persone, che sieno incapaci di possedere, probabilmente perchè il Codice non riconosce alcuna schiavitù ed alcuna *unitas personae* risultante dalla patria potestà. L'antico principio che le persone mancanti d' intelligenza e di corpo sieno incapaci di acquistare il possesso, è stato conservato come conseguenza del concetto del possesso. 3) Quali cose non possonsi possedere? Non si fa menzione nel Codice dell'antico principio, che non si possano possedere cose indeterminate, ma segue dal concetto del possesso: non vi è detto pure, che possonsi possedere le cose accessorie solamente in quel modo in cui si possiede la cosa principale, ma vi si può dedurre, giacchè da per tutto esso giudica della *res accessoria* dalla natura della cosa principale (2). Molti affermano (3), che le *res publicae e communes* incapaci a divenire proprietà privata (4) non possano pure esser prese in possesso; ma questa regola è dubbia, giacchè una tale incapacità non è assoluta, e possonsi sempre acquistare sopra esse *jura in re aliena*.

Per antico dritto consuetudinario non ammettevasi alcun separato possesso per i mobili, e molti pure opinarono il medesimo per il Codice (5). la ragione sarebbe che per i mobili il possesso confondendosi *eo ipso* colla proprietà (6), non potrebb'essere in consegnenza considerato come un *separotum*. Ma queste idee poggiano sopra non solide ragioni, giacchè ci si porgono dei casi, nei quali il possesso d'un mobile non da alcuna proprietà (7): nè da questa considerata in se stessa seguono tutti gl' interdetti possessorii e sommarii tanto importanti: sicchè il possesso sta come un fatto distinto dalla proprietà (8): 4) *Compossessio*. Il Codice è muto a tal proposito: possonsi quindi seguire i molto logici principii Romani (a).

II. *Acquisto del possesso*. Osservasi. 1) per quanto riguarda le condizioni di fatto, per il concetto del possesso richiedesi la detenzione corporale, *animum tenendi*. Su questa materia il Codice (9) seguendo l'esempio del dritto Romano à accennati molti piccoli particolari, ma irragionevolmente soltanto in occasione della vendita, mentrechè per dritto antico questi *singularia* valevano per ogni acquisto del possesso. Ammettesi anche l'acquisto del possesso per mezzo d'una estranea persona (10); ma ciò non è esattamente determinato. Interamente nuovo è il principio, che tutti i *sui heredes* continuano *ipso jure* il possesso di colui, al quale succedono (11).

2) Quali persone sono capaci di acquistare il possesso? Non ne è parola nel Codice, e perciò gli espositori di esso si attennero finora ai principii Romani tanto ragionevoli (12). Nè è capace *ipso jure* chiunque ne abbia la capacità giuridica, e quando si acquista per contratto è necessaria la capacità giuridica di contrattare; vi abbisogna in fine la possibilità fisica, e perciò ne sono incapaci la persona morale, perchè mancante di corpo, *ed* il demente, perchè privo di volontà. Per gl'*infantes* àvvi una grande difficoltà nel Codice, giacchè come fu osservato nel §. 51, non fu ripetuta la distinzione *in infantes et infantia majores*, essendo stato rimesso al criterio del gindice il difficile giudizio, se un minore abbia già una forte e capace volontà (b). Quan-

(1) Cod. Civ. art. 2228, 2236, 2238.
(2) Art. 517.
(3) Fra i quali Plank, p. 14, 15.
(4) Art. 538, 540, 714.
(5) Ciò è detto da Bigot nel suo discorso all'art. 2279, da Plank, p. 15—24.
(6) Art. 2279.
(7) Art. 2279. (8) Art. 2228.
(a) L. 3. §. 5. D. h. t. (XLI. 2.) (Paulo).
« *Ex contrario plures eandem rem possidere non possunt: contra naturam quippe est, ut cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris. Sabinus tamen scribit, eum, qui precario dederit, et ipsum possidere, et eum qui precario acceperit. Idem Trebatius probat existimans, posse alium juste, alium injuste possidere? duos injuste, vel duos juste non posse, quem Labeo reprehendit, quoniam in summa possessionis non multum interest, juste quis an injuste possideat. Quod est verius, non magis enim eadem possessio apud duos esse potest: quamve tu stare videris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris* ».
(9) Art. 1605, 1606.
(10) Art. 2231.
(11) Art. 724.
(12) Plank, p. 33, 34.
(b) *L. I. §. 3. D. h. t.* (XLI. 2.) (Paolo).
« *Furiosus et pupillus sine tutoris auctoritate non potest incipere possidere: quia affectionem tenendi non habent, licet maxime corpore suo rem contingant; sicut si quis dormienti aliquid in manu ponat. Sed pupillus tutore auctoritate incipiet possidere. Ofilius quidem et Nerva filius, etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum, ajunt: eam enim rem facti, non juris esse, quae sententia recipi potest, si ejus aetatis sint, ut intellectu capiant* ».

do i minori sieno *sui heredes*, acquistano il possesso *ipso jure*. (1)

III. *Continuazione e perdita del possesso.* È da distinguere: 1) in qual modo può perdersi il possesso dal possidente istesso? Perchè condizione del possesso è un *factum animi et corporis* (2), esso sarà perduto quando uno di questi requisiti manchi (a): A. Mediante l'*animus*. Se gli Autori del Codice non ànno fatta distinzione come i Romani fra un semplice abbandono e la rinunzia positiva del *animus tenendi*, ne è ragione, ch'essi come i Romani non davano alcuna importanza al primo caso, giacchè deesi ritenere come impossibile la perpetua e non interrotta fissazione del pensiero del possessore sull'obbietto possedùto (3). Il che fu occasione, che Brauer (4) molto stranamente opinasse, che una rinunzia espressa del *animus tenendi* non valga per se stessa a far perdere il possesso, finchè non vi si aggiunga l'accettazione dei terzi. Egli fa fondamento erroneamente sopra due articoli (5), che sono relativi al contratti, mentrechè il possesso sta come un fatto parziale, e può essere anche parzialmente perduto. B. *Corpore*: ed in particolare per gli ostacoli fisici, per i quali divenga al tutto impossibile riprendere il possesso: sicchè questo sarà perduto: a) quante volte un terzo lo faccia proprio segretamente o colla violenza, ma non quando, come opina Braner predominato dalle idee Romane (6), chi ne è cacciato, s'acquieti; ma nel solo caso che un tale fatto duri un anno (7). Questo principio si fonda secondo il discorso di Bigot sulla ragione, che debbasi presumere, che per un tempo più breve il novello possessore l'abbia fatto per errore: sicchè in questo primo anno l'acquirente non potrebbe essere considerato come possessore relativamente alla prescrizione ed agl'interdetti (8). b) Quando per impedimento fisico riesca impossibile riprendere il possesso. La pratica Francese à sempre riconosciuta la regola, che col semplice allontanarsi da una cosa, non se ne perda il possesso: e nel medesimo modo opinarono saggiamente anche i Romani (b). Ma quando per gl'impedimenti fisici diviene al tutto impossibile riacquistare il possesso, dal concetto istesso di questo, quale trovasi determinato nel Codice, segue, che debbasi considerarlo come perduto: anche i Romani opinarono in sì fatto modo. Ma senza alcuna ragione Maleville non crede perduto il possesso (9), mentre Plank vuole aggiungervi la condizione d'un anno (10); il che non gli si può concedere, giacchè quell'articolo è relativo al solo caso, che un terzo si faccia arbitrariamente possessore e forse pure per errore, e non è qui applicabile, quando, per esempio, la cosa sia bruciata o perita. c) Perdesi per *interruptio civilis* relativamente alla prescrizione ed agl'interdetti (11).

2) *Perdita per intermedia persona.* Qui cadono in acconcio le seguenti quistioni. A. Una intermedia persona può acquistare il possesso per se stessa? Questa è risoluta secondo l'antica regola: *nemo causam possessionis sibi mutare potest* (12) (c): una persona intermedia non può acquistare alcuna *possessio nomine proprio* per semplice ed individuale volontà: ma è prima necessario espellerne il possessore principale, e possedere per un anno, come fu già osservato (13). B. Può una persona intermedia trasferire il possesso ad un altro? Questa quistione si risolve per l'affermativa, quando vi si aggiunga la detenzione d'un anno (14): C. Può una persona intermedia render

(1) Art. 724.
(2) Art. 2228.
(a) *L. 153. D. de R. I.* (L. 17.) (Paolo).
«*Fere quibuscumque modis obligamur, hisdem in contrarium actis liberamus: cum quibus modis adquirimus, hisdem in contrarium actis amittimus. Ut igitur nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum.*
(3) Plank, p. 70–73.
(4) *Comm.* part. V. p. 126—127.
(5) Art. 932, 1108.
(6) p. 127.
(7) Art. 2243.
(8) Cod. di *Proc.* art. 23.—Plank, *sul Possesso* p. 65—71, 107—111.
(b) L. 25. §. 2. (41. 2.)
« *Qui ad nundinas profectus, neminem reliquerit, et dum ille a nundinis redit, aliquis occupaverit possessionem, eum clam possidere, Labeo scribit. Retinet ergo possessionem is, qui ad nundinas abiit. Unde si revertendem dominum non admiserit, vi magis intelligitur possidere non clam* ».
L. 4. 1. (VII. XXXII.)
« *Licet possesio nudo animo acquiri non possit, tamen solo animo retinere potest. Si ergo praediorum desertam possessionem non derelinquendi affectione transacto tempore non coluisti, sed metus necessitate culturam eorum distulisti, praejudicium tibi ex transmissi temporis injuria generari non potest.*
(9) *Analyse à l'art.* 2233.
(10) p. 56—67, 94—nota 51.
(11) Art. 2243—2248—Cod. di Proc. 23.
(12) Art. 2236, 2238. Cod. di Proc. 23.
(c) L. 2. §. 1. (41. 5.)
« *Quod vulgo respondetur causam possessionis neminem sibi mutare posse, sic accipiendum est, ut possessio non solum civilis, sed etiam naturalis intelligatur. Et propterea responsum est, neque colonum, neque eum, apud quem res deposita, aut cui commodata est, lucri faciendi causa pro herede usucapere posse* ».
(13) Art. 2243.
(14) Art. 2239, 2243. Plank, p. 77, 78.

nullo il possesso senza trasferirlo ad un terzo? I casi, che sono qui possibili, sono i seguenti: 1) che la persona intermedia abbandoni il possesso: 2) o che divenga impossibile ricuperarlo, quando per esempio l' obbietto posseduto sia perduto o perisca. In questo ultimo caso il possesso è irreparabilmente perduto in conseguenza del concetto di esso (1). È questo pure l'avviso di Plank (2) anche per il primo caso, ma l'opinione contraria, per la quale si pronunzia Giustiniano in una Costituzione speciale, è manifestamente molto più retta, giacchè la persona intermedia si limita alla sola detenzione fisica, ma l'*animus tenendi* rimane dalla parte del possessore principale, a cui l'illegale abbandono fatto dalla persona intermedia non toglie la capacità di riprendere fisicamente ed a suo arbitrio il possesso.

IV. *Quasi possessio*. Di questa tratteremo in occasione della dottrina degl' Interdetti.

V. *Effetti del possesso*. A tal proposito il Codice Francese è estremamente povero: vi si legge quanto segue:

1) *Effetti generali*. Il Codice accenna di passaggio al principio (3), che nel dubbio debbasi favorire il possessore (a), ma mancano più esatte determinazioni, e non vi è decisa la tanto controversa quistione, se un *quasi possessor* di un *juris in re aliena* sia nel dubbio esente dall'obbligo della pruova, e fu questa la causa che gli espositori del Codice non uscirono a tal riguardo dagli antichi dubbii.

2) *Effetti speciali*. A. Godimento dei frutti. Vi è riconosciuto il dritto del possessore di godere dei frutti (4) in un modo molto più largo che dai Romani, come sarà pruovato in seguito nella dottrina del reclamo di proprietà.

B. Ammettesi pure il dritto di ritenzione *ob debitum connexum* secondo le idee predominanti del dritto antico (5).

C. *Interdetti*. A tal proposito è difettoso il Codice civile Francese, ma in quello di Procedura (6) leggonsi pochi cenni, che benchè sterili, pure posti in connessione coi principii generali del Codice danno per via d'interpetrazione e con qualche certezza la seguente dottrina: a) In tutti i casi di urgenza, nei quali voglionsi noverare anche le quistioni di possesso, debbonsi tenere vie sommarie (7). Qui cade in acconcio la quistione principale, se le azioni possessorie competano al solo detentore della cosa. Una tale quistione è stata risoluta per l'affermativa da Plank (8). Soltanto deesi osservare, che le azioni possessorie avendo a loro obbietto il possesso (9), e questo non limitandosi alla semplice detenzione della cosa (10), una tale quistione non può non essere risoluta per la negativa; ed era questa pure la dottrina già prima predominante nella pratica Francese: vi si accenna anche in qualche modo nel Codice (11). b) Le azioni possessorie sono per dritto Romano o *interdicta adipiscendae possessionis*, come l'*interdictum Salvianum*, o *quorum bonorum*, o *retinendae possessionis*, come l'*interdictum uti possidetis* e *utrubi*, o *recuperandae possessionis*, come l' *interdictum unde vi* (12). Della prima specie non è parola nel Codice; le due altre sono credute ammissibili dai comentatori di esso, senonchè si pruoverà in seguito, che secondo il sistema del Codice non potrebbesi ammettere, che il solo *interdictum retinendae possessionis*. c) È una delle principali quistioni quella di determinare, quali persone debbonsi considerare come *possessores* per l'esercizio degl'interdetti. In conseguenza delle parole, *ou d'un droit* (13) la parola *possessio* non indica un semplice possesso di proprietà; nondimeno sono negate le azioni possessorie a coloro, i quali possedono soltanto *nomine alieno* o *precario*, e particolarmente al fittajuolo ed al depositario (14), ed è questa certo una ripetizione dell'antica dottrina che il detentore d'un dritto sopra una cosa, il quale dritto sia un semplice *jus in personam*, non potrà difendersi che coll'azione del possessore principale, senza che egli stesso potesse in nome proprio esercitare i *remedia possessoria*. Ma per i seguenti dritti in *re aliena* ammettesi una *possessio* relativamente agl'interdetti: A) Quando il possessore proprietario trasferisca al *detentor* i suoi dritti di possesso. Nondimeno molti ne dubitarono, giacchè il Codice è intera-

(1) Art. 2228.
(2) Art. 78.
(3) Art. 324.
(a) L. 2. D. *uti possidetis* (Paolo.)
« *Justa enim an injusta adversus ceteros possessio sit in hoc interdicto nihil refert: qualiscumque enim possessor, hoc ipso quod possessor est, plus juris habet, quam ille, qui non possidet* §. 38. « *Habere eum dicimus, qui utitur et jure possessionis fruitur* ».
L. 3. §. 5. D. de adq. vel am. poss.
« *In summa possessionis non multum interest juste quis an injuste possideat. — Adversus extraneos vitiosa possessio prodesse solet* ».
(4) Art. 549.
(5) Art. 867, 1885, 1948, 2082.
(6) Cod. di Proc. art. 23—27.
(7) Cod. di Proc. art. 806.
(8) P. 164—180.
(9) Cod. di Proc. art. 23.
(10) Cod. Civ. art. 2238.
(11) Art. 196, 197, 320—322.
(12) Thibaut, *Sistema delle Pandette*, § 225, II.
(13) Art. 2228.
(14) Cod. di Proc. art. 28.

mente muto a tal proposito (1): è questa però una conseguenza della regola, che nel dubbio debbonsi considerare come ceduti tutti i dritti. B) Nella più gran parte delle servitù: ma qui non si accordano le opinioni. Deesi osservare che le servitù reali e capaci di prescrizione (2) danno certamente dritto all'esercizio degl'interdetti secondo la definizione del possesso (3): fu questa la dottrina della più antica pratica seguita nei tempi posteriori dalla Corte di Cassazione. Molti però (4) opinarono diversamente per le servitù reali non soggette a prescrizione (5), ma il contrario segue dalla definizione del possesso, e deesi pure considerare, che una prescrizione tendente all'acquisto d'un dritto non à nulla di comune con una *possessio precaria*. Per quanto riguarda le *servitutes personales*, il possesso dell'usufruttuario (6), come pure *implicite* ogni possesso d'una servitù personale è considerato come una *precaria possessio*, per la quale non ammettonsi *remedia possessoria* (7). Questa dottrina si fonda sopra una falsa intelligenza del dritto Romano, che non riconosceva all'usufruttuario alcuna piena *possessio rei*, ma una *quasi possessio*. C) Al possessore di un pegno, perchè questo è possibile per i soli mobili (8), sono negati sì il possesso, che gl'interdetti. Noi però osservammo che àvvi anche un possesso dei mobili. D) Per l'anticreasi (9): si è dubitato, se vi possa essere una *possessio*: ma è questa una conseguenza della definiziono del possesso (10). Al marito come amministratore dei beni della moglie competono a nome di questa tutti i *remedia possessoria* (11). Coloro ai quali si concede l'immissione nei beni d'un assente, possono esercitarli a nome dell'assente pria della immissione definitiva, posteriormente *proprio nomine* (12). Dopo l'esposizione di questi principii può ventilarsi l'ultima quistione: quando ad una persona compete l'esercizio delle azioni possessorie, quali altre condizioni sono necessarie per esercitarle? La risposta si è: 1) Il reclamante dee aver posseduto almeno per un anno senza interruzione (13). Questo irragionevole principio fu tradotto dai *coutumes*, che l'ammisero per falsa intelligenza della regola Romana, che gl'interdetti si prescrivevano in un anno. 2) Il Codice concede il dritto dell'azione possessoria soltanto a colui, che venga turbato (troublé) nel suo possesso (14), quando egli intenti l'azione nell'anno della violazione, giacchè in questo tempo, secondo quello che osservammo, è sempre considerato come possessore: sicchè possonsi ritenere i novelli *remedia possessoria* Francesi come altrettanti *interdicta retinendae possessionis* (15). Fra le cause di violazione del possesso, e che rendono ammissibili le azioni possessorie non si annoverano le sole violazioni di fatto (*trouble de fait*), ma anche quelle di dritto provenienti da reclami o da eccezioni (*trouble de droit*). 3) Il possesso dee essere incontestabilmente pruovato. Ciò deesi ammettere come una conseguenza dell'idea del possesso (16): ma Plank senza alcuna ragione richiede per l'esercizio degl'interdetti anche un possesso pubblicamente riconosciuto, e che non sia stato violentemente usurpato, ma una tale condizione non è necessaria per ogni possesso, ma per quello tendente alla prescrizione, dalla quale si generi un dritto definitivo (17), essendo il possesso per contrario uno stato provvisorio. Anche i Romani, sebbene negassero ai *fures et praedones* il dritto di prescrivere non dubitavano di ammettere per il loro possesso il principio: « *etiam fures et praedones pro possessores habentur* » (18).

(1) Plank, p. 61—63.
(2) Art. 690.
(3) Art. 2228—Plank, p. 198.
(4) Plank, *Della prescrizione*, p. 198.
(5) Art. 691.
(6) Art. 2236.
(7) Cod. di Proc. art. 23. Plank, *sul possesso*, p. 153—161.
(8) Art. 2072.
(9) Art. 2072—Plank, p. 51—54.
(10) Art. 2228.
(11) Art. 1428, 1549 - Plank, p. 54—57.
(12) Art. 125, 127, 129, 130.
(13) Cod. di Proc. 23. plank, p. 111—118.
(14) Cod. di Proc. l. c.
(15) Plank, p. 120—123, 117.
(16) Plank, p. 19—102.
(17) 2229—2233.
(18) Thibaut, *Sistema delle Pandette*, §. 210.

LIBRO SECONDO

Dritti relativi allo stato delle persone

PARTE PRIMA

SULLA PATRIA POTESTA'.

SEZIONE I.

NATURA DELLA PATRIA POTESTA' E CONSEGUENZE GIURIDICHE DI ESSA. (a).

§. 66.

Secondo il Codice fa d'uopo, che sotto questa rubrica sieno compresi anche i figli illegittimi, giacchè questi in molte cose sono pareggiati ai legittimi (1). Quello che vi à di più essenziale in questa dottrina è quanto segue: prima della rivoluzione riconoscevasi in vero ai figli illegittimi il dritto di reclamare contro il padre per farsi riconoscere; ma un tal dritto limitavasi soltanto agli alimenti, sicchè una volta che a ciò adempivasi, l'azione cessava. Durante il periodo rivoluzionario si successero molte leggi sconsiderate, collo quali fu riconosciuto ai figli illegittimi un pieno dritto ereditario non altrimenti che ai legittimi. Il Codice tiene il mezzo fra l'una e l'altra dottrina, giacchè esso à fatto non poco in commiserazione dei figli illegittimi, ma in *honorem matrimonii* non pareggiò interamente questi a quelli.

§. 67.

I principii del Codice relativamente ai figli illegittimi sono i seguenti:

1) Rispettivamente alla madre si ritiene l'antico principio, cho i figli seguono la condizione della madre, quando questa li riconosce, o riuscisse pruovarne la maternità per qualunque mezzo (2), sia pure per riconoscimento provato. Del padre naturale è detto per contrario, che non ammettesi alcun'azione per il riconoscimento del figlio, che questi debba essere considerato come *suo*, solo quando sia stato volontariamente riconosciuto, fatta eccezione del caso di ratto.

(a) I rapporti subbiettivi e personali sono l'espressione la più vera e la più naturale dell'epoca e della civiltà, alla quale si appartengono. I sentimenti morali dell'uomo riflettono d'un modo più intimo ed immediato la sua educazione e le sue condizioni sociali, anzichè i rapporti che aventi a loro obbietto le cose esterne rimangono esterni essi stessi: nei primi si concentra e si trasfonde immediatamente tutta la personalità individuale, nei secondi questa si manifesta mediatamente e per riflessione. È perciò, che quando si paragonino le legislazioni di due popoli, che sieno entrambe l'espressione e l'emanazione libera e spontanea dello spirito di essi, non potrà non esservi, e non scorgersi una grande differenza fra i rapporti personali e subbiettivi, dell'uno e dell'altro, mentre quelli al tutto esterni ed obbiettivi avranno una più debole opposizione, o potranno anche in gran parte assimigliarsi. I rapporti conjugali, e quelli della patria potestà ebbero nei primi tempi di Roma e quando più forte n'era la civiltà un carattere terribile perfettamente Romano, e tanto speciale, che a noi costituiti in differenti condizioni, ed educati con altre idee riesce al tutto strano, ed anche inconcepibile. Gli uni e gli altri piegaronsi dal loro antico rigore, ed addivennero più conformi ai nostri costumi, perdettero il loro colore primitivo al decadere del mondo Romano, quando cominciò il lavoro e l'influenza di quel principio e di quella idea, dalla quale s'informa la civiltà presente e la nostra educazione sociale.

(1) La letteratura della dottrina del dritto della patria potestà è più compiutamente cho da qualunque altro svolta da Zachariä, p. III, p. 329—421; la storia di essa da Loiseau, *Des enfants naturels*, p. 62—230.

(2) Art. 341.—Zachariä, p. III, §. 561.

to (1): davasene ragione considerando, che facea mestieri garantire con una tale severità gli uomini onesti contro donne impudenti, sebbene molte cose si potrebbero opporre ad un tale ragionamento. Molto più dura d'un tale privilegio dato al padre si è la regola (2), che gli *adulterini* ed *incestuosi* (in opposizione cogli altri figli semplicemente illegittimi, detti *bâtards simples* non possano intentare azione di riconoscimento nè contro il padre, nè contro la madre, che anzi non permettesi a questi poterli volontariamente riconoscere.

2) Il riconoscimento è valido solo quando sia fatto coll'atto di nascita, o davanti un notajo o un ufficiale pubblico (3); potendovisi adempiere anche prima della nascita del fanciullo.

3) Durante il matrimonio uno do' conjugi non può a danno dell' altro o dei figli del presente matrimonio riconoscere parzialmente un figlio naturale. Del resto un riconoscimento parziale è sempre valido; ma secondo l'opinione più vera (4) vi abbisogna per la moglie l'autorizzazione del marito, di cui è parola nel Codice (5), altrimenti il riconoscimento non produrrebbe un rapporto obbligatorio, ma una semplice pruova testimoniale.

4) Si può anche ventilare la quistione, se oltre del riconoscimento autentico (6) possa pure ammettersi un riconoscimento privato. Molti risolvono per l'affermativa una tale quistione limitandone gli effetti al solo dritto degli alimenti: ma con molta più verità la Corte di Cassazione à detto, che il semplice riconoscimento privato del padre non sia valido. Nondimeno quando alcun non intenda creare un rapporto di paternità, ma dare solamente alcuni singoli dritti, come per esempio, prometiere alimenti ad un figlio, o assegnare alla madre le spese del parto, la legge non limita in alcun modo una tale facoltà, sebbene sieno sempre applicabili le regole ordinarie del dritto (7). Ma qui ci si porge la seguente difficoltà: secondo il Codice (8) i figli *adulterini* e gl'*incestuosi* non possono nè essere riconosciuti volontariamente, nè dimandare giudiziariamente di essere riconosciuti: ma pure si concede loro in caso di morte del padre il dritto agli alimenti (9). Quando si volessero letteralmente avvicinare queste disposizioni si avrebbe il seguente risultato: non si permette un riconoscimento volontario di questi figli nè l'azione giudiziaria; ma la loro qualità di figli può risultare da tutt'altro mezzo, e specialmente da un processo criminale, ed a ciò può riferirsi il solo art. 762. Fu questa la opinione di molti (10), accennata pure nelle discussioni. Una seconda opinione (11) però ritiene, e come fu già osservato, irragionevolmente, che ogni riconoscimento privato importi un dritto agli alimenti, e che in tal modo debba intendersi l'art. 762. Una terza opinione infine cerca conciliare le due precedenti, aggiungendovi capricciosamente non poche piccole distinzioni (12).

§. 68.

I. Rapporto dei genitori coi figli.

1) Facendo astrazione dalla patria potestà, occorrono qui le seguenti obbligazioni.

A. *Obbligo di alimentare.* Il Codice è molto incompiuto a tal proposito. Le persone obbligate agli alimenti sono: a) i discendenti legittimi in rapporto cogli ascendenti, e questi verso quelli (13): b) i figli illegittimi o riconosciuti verso il padre e la madre, e questi verso quelli. Tale fu la regola costante della pratica Francese, ed anche il Codice vi accenna (14): c) il suocero e la suocera, il genero e la nuora, finchè sciogliendosi il legame di affinità, non cessi ogni dipendenza (15): d) i conjugi scambievolmente (16): e) i figli adottivi ed il padre, o quelli che ne tengono le veci (17): f) i fratelli e sorelle: molti almeno l'affermarono, sebbene non sia detto espressamente: sulla misura degli alimenti sono molto chiare e semplici le disposizioni del Codice (18).

Il novello principio (19), che i genitori non abbiano più l' obbligo di costituire uno stabilimento ai figli, o di dotare le figlie è conforme al dritto consuetudinario, ed era que-

(1) Art. 334, 340.
(2) Art. 335, 342.
(3) Art. 334.—Loiseau, p. 422—427, 449—475.
(4) Loiseau, p. 413. — 415. Brauer, *Comm.* p. VI. p. 283.
(5) Art. 215, 217.
(6) Art. 334.
(7) Zachariä, p. III, p. 402.
(8) Art. 335, 342.
(9) Art. 762.
(10) Chabot, *Des successions*, art. 762. – Locrè, T. IV. p. 185, 186 – Mackeldey, *Ordine successorio.* §. 40.
(11) Proudhon, *Cours du droit.* T. II. p. 111 — 116.
(12) Zachariä, part. III, p. 417—421. Brauer, part. I, p. 250—251. part. II, p. 175—178.
(13) Art. 203. 205. Veramente il Codice parla del solo obbligo dei genitori verso i figli, ma il contrario si rileva dal confronto degli art. 207 e 206.
(14) Art. 158, 337, 383. 76. Proudhon, T. II, p. 111—116.
(15) Art. 206, 207.
(16) Art. 212, 214.
(17) Art. 249, 364.
(18) Art. 208—211.
(19) Art. 204.

sta una grave obbligazione, che astringeva i genitori a far palese lo stato della loro proprietà. Si potrebbero elevare a tal proposito molto altre importanti quistioni secondarie e particolarmente le seguenti: in quale ordine dovrà adempiersi all'obbligo degli alimenti? quando sia questo solidale e trasmettesi pure agli eredi? Nè disputarono i Romanisti, senzachè si stabilisse una pratica costante, e gli Autori del Codice non seppero dare altra pruova della loro saviezza che tacendosi; sicchè molte quistioni furono agitate sotto tutti i rapporti fra gli espositori di esso (1): le più importanti sono le seguenti.

a) In quale ordine le mentovate persone son obbligate agli elementi? Su questo proposito è detto soltanto, che il nutrimento dei figli è un peso della massa comune dei beni; in caso contrario deesi adempiere dal padre per due terze parti, e dalla madre per un altro terzo (2). Rigorosamente dovrebbesi affermare, che tutte le persone sopra indicato vi sieno obbligate *conjunctim*: ma perchè un tale concorso si accorda poco collo spirito del Codice, molti si attennero all'antico ordine, o cercarono seguire quello della successione (3).

b) Quando più persone sieno *conjunctim* obbligate agli alimenti, vi sono esse tenute solidalmente o *pro rata*? Alcuni opinarono per il primo modo, altri per il secondo, e molti si attennero ad una opinione di mezzo (4). Perchè da una parte non ammettonsi nel dubbio obblighi solidali, e dall' altra questi esistono sempre per tutte le cose indivisibili, e perchè sebbene la vita non sia divisibile, pur nondimeno non è impossibile, che ciascuna delle persone obbligate vi adempia parzialmente, e che colui, che ne à dritto, sostenti in tal modo la sua vita, perciò l'opinione più vera sembra essere, che quando le persone obbligate *conjunctim* sieno presenti e solvibili, ciascuna vi adempia *pro rata*; che in caso contrario l'obbligazione sarebbe solidale col dritto del regresso.

c) L'obbligo degli alimenti si trasferisce forse agli eredi?

Questa quistione dee essere risoluta per la negativa, giacchè un tale obbligo non costituisce un insieme, ma sorge a ciascun momento, e si fonda sui rapporti di parentela, che non trasmettonsi certo agli eredi (5).

d) Colui, che fornisce gli alimenti potrebbe ripeterne la restituzione, quando quegli, che li riceve, divenisse per caso abbiente? Perchè trattasi d'un dovere già adempiuto, è indubitato, che debbasi negargli un tal dritto (6).

e) Può colui che à dritto agli alimenti pretendere, che l'obbligato paghi anche i debiti di lui? Questa difficile questione à cagionate molte difficoltà (7). Nondimeno osservando che gli alimenti non sono soggetti a sequestro (8), nè quelli pagati potrebbero essere strappati per forza, che il creditore ch'esegue l'arresto personale, è tenuto al sostentamento dell'arrestato, nè l'arresto è di ostacolo alla vita ed al nudrimento, sembra perciò, che quella quistione dovesse risolversi per la negativa, ed in un modo indubitato per i debiti, che furono contratti per colpa.

f) Quando gli alimenti già pagati furono perduti non per semplice caso fortuito, ma dissipati per colpa, vi à forse l'obbligo di dare altri alimenti. Perchè secondo il Codice condizione d'un tale obbligo è il bisogno, e la pietà ne è la ragione, potrebbesi negare la somministrazione di novelli alimenti solo quando colui che li richiede possa nudrirsi da se stesso.

§. 69.

B) *Dritto dei genitori al rispetto.*

È questo vagamente riconosciuto nell'articolo 371 e vi si accenna di passaggio e parzialmente in altre occasioni (9), ma mancano interamente nel Codice regole precise e non dubbie (a).

Relativamente alla quistione, se i figli possano intentare contro i genitori azioni criminali ed infamanti, l'idea più naturale sembra essere, che chi è tenuto al rispetto, non sia perciò obbligato a lasciarsi trarre in inganno, o a permettere che si abusi di lui. Quando i

(1) Zachariä, p. III. p. 387—372.
(2) Art. 1409, 1448, 1539 — Grolman, p. II, p. 416, 417.
(3) Lassaulx, p. 390, 391 p. 418—425. Proudhon, T. I, p. 256.
(4) Lassaulx, p. 391 — Grolman, p. 418, 425. Spangenberg, p. I, p. 265.
(5) Brauer, *Comm.* p. I, p. 192.
(6) Brauer, p. 192, 193.
(7) Lassaulx, T. I, p. 390 — Grolman, p. II, p. 406—409.
(8) Cod. di proc. art. 581, 791.
(9) Art. 151, 152, 158, 187.

(a) *L.1.pr.D.de obsequ.* (XXXVII. 15. (ULP.). *« Etiam militibus pietatis ratio in parentes constare debit, quare, si filius miles in patrem aliqua commisit, pro modo delicti puniendus est ». §. 1. « Et inter collibertos matrem et filium pietatis ratio secundum naturam salva esse debet ». §. 2. Si filius matrem aut patrem, quos venerari oportet, contumeliis adficit, vel impias manus eis infert: praefectus urbis delicto ad publicam pietatem pertinens, pro modo ejus vindicat ». §. 3. « Indignus militia judicandus est, qui patrem et matrem, a quibus se educatum dixerit, maleficos appellavit ».*

figli potessero esercitare i loro dritti senza giovarsi di mezzi infamanti, dovrebbero astenersi da questi: in questo caso potranno usare di tutti i mezzi giudiziarii, almeno ricorrendo al ministero del Procuratore Regio. Particolarmente non può negarsi loro il dritto di farsi garantire contro qualunque siasi oltraggio.

§. 70.

2) *Patria potestà:*

A. Il Codice è nuovo a tal proposito, almeno in confronto col dritto Romano, giacchè esso non ammette alcuna assoluta patria potestà, nè per conseguenza *l'unitas personae*; tutte le sue regole tendono allo scopo della educazione, fissando come termine della patria potestà la maggiore età dei figli (1). Vi si leggono anche molti altri indiretti particolari. Deesi osservare:

A. Il Codice concede non al solo padre, ma anche alla madre una patria potestà, a questa ultima però soltanto in mancanza del primo.

B. La patria potestà comprende tre dritti principali, *l'auctoritas*, ossia l'educazione (2), un dritto di usufrutto sui beni del figli (3), e quello infine di amministrarne i beni. Alcune parti di questi dritti non sono considerate come una vera patria potestà, ma come tutela, la quale distinzione sarà meglio chiarita nel §. 112. a) Per quanto riguarda *l'auctoritas* s'osservi: Essa spetta durante il matrimonio esclusivamente al padre, cede alla madre, quando quegli muore naturalmente e civilmente (4). Durante l'assenza del padre, la madre ne prende le veci (5), ed i comentatori estendono questa disposizione a tutti quei casi, nei quali il padre, come per esempio per demenza, diviene incapace dell'esercizio di essa. Essendovi separazione personale, dovrà provvedersi per convenzione (6) i figli sono affidati a quello dei conjugi, che l'ha ottenuta (7). I padri illegittimi sono considerati come legittimi per tutto quanto riguarda l'educazione dei figli (8). Non è detto determinatamente fin dove estendesi la patria potestà di provvedere alla educazione dei figli; e prudentemente fu anche passata sotto silenzio la difficile quistione sulla religione di essi. Vi si leggono però le seguenti disposizioni: 1) i figli abbisognano per il matrimonio del consenso dei genitori, e ciò sarà più compiutamento trattato nella dottrina sul matrimonio: 2) le *tutoris dationes* sono pure concesse ai genitori (9); ma non ammettonsi più le sostituzioni pupillari, il che sarà dimostrato nella dottrina dei fedecommessi: 3) i figli non possono abbandonare per semplice capriccio la casa paterna: ed i genitori possono dimandare la carcerazione dei figli colpevoli, sieno pure naturali, ma d'un modo limitato; il che è detto chiaramente negli art. 375, 373. b) Dritto dei genitori sui beni dei figli. Secondo il Codice distinguonsi le seguenti specie di peculio, ossia: *profectitium*, che è dato dai genitori, e sul quale conservano questi ogni dritto di proprietà, rilasciandone ai figli una semplice amministrazione precaria: ma quando invece ne concedano loro la libera disposizione, non potrebbesi opporre, come presso i Romani, l'*unitas personae* al tutto estranea al Codice: *adventitium ordinarium*: i genitori ànno in generale il godimento dell'usufrutto dei beni particolari dei figli, finchè questi non abbiano 18 anni, perchè per interesse proprio non si oppongano al matrimonio del figlio, che contraendolo si sottrae sempre alla patria potestà (10). È questo applicabile soltanto i genitori legittimi, perchè degl'illegittimi non è menzione nel Codice, ed anche un tal dritto non è dato al padre assolutamente: ma solo durante il matrimonio, e quando questo si sciolga per morte, si trasmette al conjuge superstite (11). *Adventitium extraordinarium*: quando i genitori non abbiano alcun dritto straordinario sui beni dei figli. Ciò avviene, ove la madre passando a seconde nozze, i figli acquistano qualche cosa per proprio lavoro, o quando una tale condizione è apposta ad una donazione fatta da un terzo, ed anche quando i figli d'un indegno succedono *ab intestato* (12), o alcuno ne viene privato per abuso dell'obbietto dell'usufrutto (13), o se il conjuge superstite dopo sciolto il matrimonio manca di fare eseguire l'inventario (14). Tratteremo nel §. 122 del dritto dei genitori di amministrare i beni dei figli, giacchè un tale dritto appartiene piuttosto alla tutela.

§. 71.

3) Il reclamo della filiazione è meglio determinato nel Codice (15); molte cose sono nuo-

(1) Art. 272.
(2) Art. 372-383.
(3) Art. 384-387.
(4) Art. 25, 381.
(5) Art. 141 — *Zachariä*, part. III. p. 375.
(6) Art. 280.
(7) Art. 302 — *Grolman* parte III. p. 389-400.
(8) Art. 383.
(9) Art. 397-401.
(10) Art. 387.
(11) Art. 384, 385.
(12) Art. 730.
(13) Art. 618.
(14) Art. 1442.
(15) Art. 194-200, 312-330.

ve, e ne fu scritto pure moltissime (1): Altutto nuove sono le regole del Codice; che i termini di presunzione sieno *respective* fissati da 180 a 300 giorni, che per prevenire gli scandali non si permette la pruova d'una naturale impotenza: che avanti tutto sia da prestar fede ai registri; che durante la vita di uno dei genitori il semplice possesso di stato nulla pruovi; che a cagione della ordinaria malvagità degli uomini non si permette la semplice pruova testimoniale senza altri *adminicula*, e che il reclamo di filiazione, sebbene non sia mai prescritto per il figlio, è nondimeno limitato ad un brevissimo termine per gli eredi di lui.

§. 72.

Il Codice nulla dice di determinato sulle azioni degli altri membri della famiglia a garantia del loro stato. Ma segue dalla natura stessa della cosa, che tali azioni non possansi negare finchè vi sieno dritti di famiglia a rivendicare, in particolare, quando si consideri, che il Codice non connette alcuna speciale importanza alla parola *azione* (2).

§. 73.

Rapporti dei genitori e dei figli verso i terzi.

1. I genitori conservano verso i terzi la loro compiuta libertà, non possono obbligare i figli, nè acquistano dritti per mezzo di questi. Possono però gli ascendenti accettare un dono per trasmetterlo ad un minore (3).

2) I figli di famiglia non possono obbligarsi durante la *minor aetas*, nè obbligare i loro genitori. Questi rispondono dei delitti dei figli, se non pruovino di esserne al tutto innocenti, ed è ciò ben ragionevole, quando essi stessi impegnarono il figlio in qualche affare, o ne trassero un vantaggio (4). Il Codice non à riconosciuta l'*actio* Romana *de peculio et tributoria*, ed in nessun luogo di esso accennasi al *Scto Macedoniano*.

SEZIONE II.

MODI ONDE SI ACQUISTA LA PATRIA POTESTA'.

§. 74.

Anche secondo il Codice la patria potestà si acquista per matrimonio, per legittimazione, e per adozione, ma vi si aggiunge l'importante principio, che i figli d'un discendente non cadano mai sotto la *potestas* d'un ascendente, e che col matrimonio cessa la patria potestà sopra colui, che lo contrae (5).

§. 75.

Sul matrimonio.

Il Codice oltre il matrimonio non ammette alcun concubinato. Secondo ch'esso sia o non sia valido, seguono o mancano tutti gli effetti civili, ed è quindi un fatto rimesso alla coscienza di ciascuno, se debbasi considerare come soggetto o sciolto dal matrimonio.

§. 76.

Sul contratto di matrimonio.

Questa dottrina non può ridursi all'ordine sistematico seguito nelle mie Pandette, giacchè vi si leggono nel Codice molte cose speciali, ed è quindi necessario distinguere le materie secondo le seguenti rubriche.

§. 77.

I. *Condizioni necessarie per il contratto di matrimonio.*

Non ammettonsi dal Codice molte condizioni, che richiedevansi per dritto antico, sebbene ordinasse novelle limitazioni e condizioni, che possonsi distinguere nel seguente modo:

1) *Condizioni positive*: fra le quali si debbono noverare:

A. L'età, che varia secondo la differenza del sesso, di 18, o di 15 anni (6).

B. Libero consenso dei conjugi (7). Il matrimonio non è valido, quando sia contratto per inganno o per violenza (8), ed anche per errore. Se non vi fosse a tal proposito che il molto vago art. 146, sarebbero determinanti anche qui i principii generali sul *error essentialis*: considerandosi come essenziale il solo *error in persona* (9), e con ciò intendevano gli Autori del Codice soltanto quello sulla identità delle persone. Nondimeno non pensavasi nelle discussioni, che si dovesse escludere l'errore sulle qualità essenziali delle persone, ma volevano piuttosto rimettere alla scienza una tanto delicata quistione, e sulla quale i cultori di essa opinarono tanto diversamente (10). I più

(1) Zachariä, III. p. 333-353.
(2) Proudhon, T. II. p. 38-41, 80-89.
(3) Art. 935, 1121, 1165.
(4) Art. 1241, 1798, 1864.
(5) Art. 476.
(6) Art. 144.
(7) Art. 146, 180.
(8) Art. 146.
(9) Art. 180.
(10) Locré T.III.p.94—Proudhon T.I.p.224—Grolman, *parte* II. p.34-54—Zachariä, *parte* III. p. 27 — Lassaulx, *parte* I. p. 241, 242 — Birnbaum, *Giurisprud.* T. I. p. 161-180.

convengono nella idea molto più conforme ai principii generali, che debba considerarsi come essenziale il solo errore sulla capacità di procreare, molti però considerano l'impotenza naturale come un motivo di nullità del matrimonio.

C. Consenso o parere di coloro, ai quali i figli sono soggetti. È qui da distinguere:

a) *Figli legittimi.* Quando questi abbiano i genitori o gli ascendenti, che avessero la capacità di dare il consenso ed i maschi abbiano meno di 25, le donne meno di 21 anno, dovranno avere il consenso dei genitori, o degli altri ascendenti, ed in ciò sono sempre preferiti i primi ai secondi, i maschi alle donne. Quando un tale consenso manchi, il matrimonio è nullo, giacchè si volle avere piena fiducia nella prudenza degli ascendenti (1). Quando i figli sieno maggiori della indicata età, i genitori e gli altri ascendenti non possono opponendovisi impedire il matrimonio, ma i figli dovranno richiederne ossequiosamente il consiglio per tre volte, quando i maschi sono fra gli anni 25 e 30, le donne fra i 21 ed i 25: una sola volta, se abbiano un'età maggiore (2). Non avendo nè genitori nè altri ascendenti, non possono, finchè sieno minori, contrarre matrimonio senza il parere del consiglio di famiglia; nè il Codice permette, o dichiara bastare il ricorso all'autorità del potere giudiziario (3).

b) *Figli illegittimi.* Quando questi siano stati riconosciuti, saranno tenuti verso il padre e la madre a quello stesso, al quale sono obbligati i legittimi; in difetto di genitori, ed essendo in minore età si assegna loro un *tutor ad hoc* (4).

D. Celebrazione del matrimonio o davanti all'uffiziale competente dello stato civile del domicilio d'uno degli sposi, o del luogo, dove uno di essi à vissuto negli ultimi 6 mesi (5). Il Codice à provveduto, che i matrimonii siano contratti colla sicurezza che non avvenga nulla d'illegale, e che seguano colla massima publicità. Le seguenti disposizioni legislative tendono a questo scopo:

a) Prima della celebrazione del matrimonio dovranno farsi dall'uffiziale dello stato civile delle *notificazioni* publiche (6). Le parti contraenti il matrimonio dovranno presentare i loro atti di nascita, o tutt'altro che ne tenga le veci (7). È necessario, che sieno in prima rimosse tutte le opposizioni (8); il che avviene nel seguente modo: ognuno può fare avvertito l'uffiziale dello stato civile delle opposizioni già esistenti, ma il dritto di opporsi, il dritto cioè di fare che la celebrazione non avvenga prima che l'opposizione non sia giudiziariamente rimossa, spetta alle seguenti persone: a colui, che afferma, che quegli, che contrae matrimonio, è suo conjuge (9); al padre, alla madre ad agli altri ascendenti, senza chè sieno obbligati ad assegnarne le ragioni giacchè si à fiducia in essi: l'opposizione dovrà essere giudicata speditamente, e si considera come non avvenuta, quante volte venga rigettata (10); ai prossimi collaterali ed al consiglio di famiglia; ma perchè non si à molta fede nella loro buona volontà, essi potranno opporsi soltanto per due ragioni, quando colui, che vuole contrarre matrimonio essendo minore, non abbia il consenso del consiglio di famiglia, o quando sia demente (11).

b) Per il contratto di matrimonio richiedesi il *consensus conjugalis* davanti all'uffiziale dello stato civile e di quattro testimoni nella casa comunale; seguirà quindi la lettura dei doveri conjugali descritti negli art. 212—226, la celebrazione, la benedizione, e la formazione d'un atto solenne ed autentico (12). Perchè una celebrazione condizionata è in opposizione con tutte le idee sulla publicità del matrimonio, (giacchè la condizione non si attua mai pubblicamente), perciò non è possibile secondo il Codice apporvi condizioni sospensive, e molto meno condizioni risolutive, non essendo queste noverate fra i motivi legali di scioglimento del matrimonio (13).

Vi sono alcune specialità per i matrimonii dei militari, e di quelli che lo contraggono in paese straniero (14).

§. 78.

2) *Condizioni negative.* Secondo il Codice sono vietati.

A. I matrimonii coi morti civilmente (15).

B. Coi prossimi parenti, e particolarmente: a) fra gli ascendenti e discendenti in linea retta all'infinito; nella linea collaterale senza riguardo alla nascita legittima o illegittima in secondo grado, e quindi fra persone, fra le qua-

(1) Art. 148-150, 182, 183 — Locré, T. II. p. 66-69.
(2) Art. 151, 157.
(3) Art. 160.— Locré, T. II. p. 106-107.
(4) Art. 158-159.
(5) Art. 74.
(6) Art. 63-65, 166-170.
(7) Art. 70-72.
(8) Art. 66-69, 172, 179.
(9) Art. 172.
(10) Art. 177 — Locré, T. II. p. 159-164.
(11) Art. 174, 175.
(12) Art. 75, 76. — Brauer, *Comm.* p. I. p. 147, 148.
(13) Art. 227.
(14) Art. 94, 95, 170, 171 — Zachariä, parte III. p. 48-50, 79, 80.
(15) Art. 25.

li passa secondo il linguaggio ordinario un *respectus parentelae* (1): b) fra gli affini in linea retta, e nella collaterale fino al secondo grado secondo il calcolo Romano (2). La parola *alliès* non è esattamente definita, ma certo fu usata nel significato ordinario, secondo il quale l'*affinitas* segue anche dalle congiunzioni illegittime (3).

c) Fra i parenti per vincolo civile, ossia per adozione (4), essendo il matrimonio vietato fra l'adottante e l'adottato ed i figli di questo, fra il conjuge di quello e l'adottato ed i figli anche adottivi dell'adottante: per figli debbonsi qui intendere come in tutti i casi dubbii i soli legittimi.

C. È vietato il matrimonio delle donne nei primi dieci mesi dopo sciolto il matrimonio (5). Il Codice non à ammesse le pene Romane per la violazione d'un tale divieto.

D. Non è lecito contrarre più matrimonii nel medesimo tempo (6). Sono però permessi successivamente, sebbene a favore dei figli del primo letto vi si associassero molti disvantaggi secondo l'esempio del dritto Romano (7) (a).

E. I conjugi, che hanno fatto divorzio, non potranno mai più ricongiungersi, perchè non si converta il divorzio in trastullo (8).

F. È vietato il matrimonio fra gli adulteri (9).

§. 79.

II. *Dispense dai divieti del matrimonio*: Possonsi queste concedere dal governante solo quando leggi particolari lo permettano. Ciò avviene soltanto per la minore età, per il *respectus parentelae*, e per gli atti rispettosi (10). Gli altri divieti sono considerati di tale importanza, che relativamente ad essi non ammettesi alcuna dispensa. Fu questa ammessa però in casi particolari per i matrimonii fra i fratelli e sorelle dei conjugi morti.

§. 80.

III. *Nullità del matrimonio.* Questa tanto difficile e controversa dottrina può essere chiarita soltanto coi seguenti principii;

1) Possonsi distinguere secondo il Codice come secondo il dritto antico *impedimenta impedientia* e *dirimentia*, secondochè la violazione della legge importi o pur nò alcuna nullità. Gli espositori però opinarono diversamente sui singoli casi. Ma quando si abbia presente il principio svolto nel §. 22 sulle nullità sarà forza conchiudere; che dalla inosservanza d'una formalità positiva non segue alcuna nullità, quando questa non sia espressamente pronunziata, o non sia considerata come qualche cosa di essenziale; nel dubbio però deesi sempre opinare per la nullità, quando il contratto di matrimonio seguì in contradizione d'un divieto legale. Per i casi particolari debbonsi aver presenti le discussioni per potersi conoscere lo spirito della legislazione a tal proposito.

2) Gl'impedimenti risolutivi del matrimonio, i quali possono essere rimossi alcune volte anche posteriormente, come sarà osservato in particolare, possono essere assoluti o *rela-*

(1) Art. 161-163 — Decreto Imperiale del 7 maggio 1808.

(2) Art. 161, 162.

(3) Zacharià, part. III. p. 22.

(4) Art. 348.

(5) Art. 228, 296.

(6) Art. 747.

(7) Art. 206, 381, 386, 395, 396, 399, 1098, 1496.

(a) *L. 6. pr. C. h. t. v. 9. (LEO ET ANTHEMIUS.).*

« *Hoc edictali lege in perpetuum valitura sancimus, si ex priore matrimonio procreatis liberis pater materve ad secunda, vel tertia, aut alterius repetiti matrimonii vota migraverit, non sit ei licitum novercae, vel vitrico, testamento vel sine scriptura seu codicillis, hereditatis jure, sive legati, sive fideicommissi titulo plus relinquere, nec dotis, aut ante nuptias donationis nomine, seu mortis causa habita donatione, conferre, nec inter vivos conscribendis donationibus (quae etsi constante matrimonio civili jure interdictae sint, morte tamen donatoris ex certis causis confirmari solent), quam filio vel filiae, si unus vel una extiterit. Quod si plures liberi fuerint, singulis aequas partes habentibus, minime plus quam ad unumquemque eorum pervenerit ad eorum liceat vitricum novercamque transferri. Sin autem non aequis portionibus ad eosdem liberos memoratae transierint facultates, tunc quoque non liceat plus eorum novercae vel vitrico testamento relinquere, vel donare, seu dotis vel ante nuptias donationis titulo conferre, quam filius vel filia habet, cui minor portio ultima voluntate derelicta vel data fuerit, aut donata: ita tamen, ut quarta pars, quae eisdem liberis debetur ex legibus, nullo modo minuatur, nisi ex his causis, quae de inofficioso excludunt querelam. Quam observationem in personis etiam avi, vel aviae, proavi et proaviae, nepotum vel neptium, item pronepotum vel proneptium sive in potestate, sive emancipataeve sint, ex paterna vel materna linea venientibus, custodiri censemus. Sin vero plus quam statutum est, aliquid novercae vel vitrico relictum, vel donatum, aut datum fuerint, id quod plus relictum vel donatum, aut datum fuerit, tamquam non scriptum neque derelictum vel donatum aut datum sit ad personas deferri liberorum, et inter eos dividi jubemus: omni circumscriptione, si qua per interpositam personam, vel alio quocumque modo fuerit excogitata, cessante* ».

(8) Art. 295.

(9) Art. 298.

(10) Art. 145, 164, 169.

tivi, secondo che tutte le parti interessate ed anche il Procurator Regio possono dimandare la nullità del matrimonio, o soltanto alcune persone. Quando il divieto sia illimitato, è forza ammettere il primo caso, ed il Procurator Regio non potrebbe esserne escluso, finchè non si provi, che il divieto non interessi il bene publico. Per parti interessate non s'intendono coloro, che per qualunque siasi capriccio non vorrebbero vedere eseguito il matrimonio, ma soltanto quelli, che abbiano un interesse reale alla nullità del matrimonio per un dritto qualunque, che loro competa; si tien conto del semplice capriccio soltanto per gli ascendenti (1). Il Procurator Regio, che non vede il bisogno di querelare, quante volte lo scandalo non sia troppo grande, non potrebbe farlo dopo sciolto il matrimonio, giacchè mancherebbe l'occasione alla sua attività, ossia sarebbe ora inutile provvedere, che non avvenga alcun pubblico danno (2).

3) Gl'impedimenti speciali del matrimonio sono, o;

a) *Impedientia*, la cui violazione non importa la nullità del matrimonio. Fra questi deesi noverare l'inosservanza degli atti rispettosi verso gli ascendenti.

Il Codice non vi ordina alcuna nullità, che anzi il contrario è detto in altro luogo (3), giacchè esso pronunzia la nullità solo quando manchi il *consensus*; con ciò pure si accordano le discussioni sugli art. 157, 181, 182.

b) Inosservanza di altri atti meno essenziali relativi a tutto quanto dovrà eseguirsi secondo il § 17, alla presenza dell'uffiziale dello stato civile o da questo stesso. Quando questi sia incompetente, dovrebbe per regola generale seguirne la nullità del matrimonio (4): ma secondo le ultime parole dell'art. 193 parrebbe da credere, che non debba tenersene conto, nè pretendere l'esecuzione rigorosa di questo art. perciò gli espositori usano non fare alcun conto della incompetenza, quando nessun altro importante motivo si opponga alla validità del matrimonio. Il medesimo è a dire (5), quando si manchi di adempire alle due pubblicazioni, delle quali potrà farsi a meno nel solo caso che il matrimonio sia contratto in paese straniero (6): molti però opinano, che almeno una pubblicazione torni in ogni caso indispensabile (7).

Per l'inosservanza di quello, che dovrà eseguirsi dall' uffiziale dello stato civile prima che fosse contratto il matrimonio, non è pronunziata alcuna nullità, nè la si potrebbe supplire, giusta il mentovato principio del Codice Francese; e questo pure pensossi nelle discussioni (8). La medesima opinione dovrà ammettersi per tutto quanto deesi eseguire dall'uffiziale dello stato civile al momento della celebrazione ed anche dopo; la nullità è apposta al solo caso, che il matrimonio non sia contratto *publice* (9). Da ciò argomentano alcuni, che debbasi eseguire il matrimonio non solamente davanti a quattro testimoni, ma anche nella casa comunale; ma in nessun modo rilevasi una tale idea dalle discussioni, seguendo le quali dovrebbesi ammettere come valida le celebrazione fatta sul letto di morte. Dal confronto delle diverse discussioni potrebbesi soltanto dedurre, che il difetto di pubblicità renda nullo il matrimonio, quando vi fu colpa di volontà, o altre importanti ragioni si oppongono alla validità di esso, ed a ciò pure sembrano accennare le ultime parole dell'art. 193. Gli espositori però non furono pienamente d'accordo a tal proposito (10).

B. *Dirimentia*, che annullano interamente il contratto. Questi sono;

a) *absoluta*, che possonsi opporre da ogni persona interessata alla validità del matrimonio. Sono di tal ragione: 1) l' inosservanza di quello, che il Codice, come fu già osservato, ordina come condizione essenziale operativa del matrimonio: 2) il difetto di età, quante volte non si rinunzii ad un tal mezzo di nullità continuando nel matrimonio negli anni della capacità (11): la parentela, quando non si ottenne alcuna dispenza dal sovrano (12): 3) il matrimonio della donna, che vada a marito ne' primi 10 mesi dopo lo scioglimento (13): 4) il matrimonio nei primi tre anni dopo un divorzio convenzionale (14): 5) quello in contradizione dei divieti relativi all'adozione (15): 6) il matrimonio col conjuge, col quale fu fatto il divorzio (16): infine, 7) il matrimonio fra gli adulteri (17).

(1) Art. 187, 188, 191.
(2) Art. 190, 191.
(3) Art. 182.
(4) Art. 191.
(5) Art. 192, 193—Grolman, parte II. p. 333, 334 — Birnbaum, *Jurisprud*, T. I. p. 150-165.
(6) Art. 170.
(7) Proudhon, T. I. p. 223. — Brauer, *Comm.* parte I. p. 173.
(8) Locre, *Esprit.* II. p. 281-291.
(9) Art. 191.
(10) Zacchariä, III. p. 75-79 — Locré, T. II, p. 281 — Lassaulx, parte I. p. 288-294 — Grolman, parte II. p. 197-209.
(11) Art. 144, 184-185.
(12) Art. 184.
(13) Art. 228, 296.
(14) Art. 297.
(15) Art. 348.
(16) Art. 295.
(17) Art. 298. Vi furono molte controversie sui divieti contenuti nel num. 3-6, giacchè il Codice non ne ordina espressamente la nullità. — Brauer, *Comm.* parte I. p. 174-177 — Las-

Relativa, dei quali possonsi giovare soltanto alcune persone. Sono di tal natura: 1) il difetto di libero consenso, che può opporsi solamente da colui, che aveva ad acconsentire (1), quante volte non abbia egli stesso rinunziato ad una tale azione: 2) difetto di consenso dei genitori e del consiglio di famiglia, in tutti i casi nei quali è necessario per la validità del matrimonio. In questo caso anno l'uno e gli altri il dritto d'impugnare il matrimonio, ed un tale dritto riconoscesi allo stesso minore per prevenire le seduzioni, purchè non vi abbia posteriormente rinunziato (2): 3) la bigamia d'un conjuge, quando l'altro fosse assente, nel quale caso soltanto questi, quando sia di ritorno, potrà impugnare il matrimonio (3): la ragione si è, che come abbiamo osservato nel §. 48, non può affermarsi d'un assente nè la morte nè la vita.

§. 81.

IV. *Effetti della pronunziata nullità.*

Questa si estende naturalmente a tutti gli effetti del matrimonio sì per il passato che per il futuro. Per il solo matrimonio putativo il Codice (4), à ammesso il principio, che debba prendersi in considerazione la *bona fides* al momento che si contrae il matrimonio, che i figli abbiano i dritti ed i doveri di figli legittimi verso i loro genitori, o che quando uno dei conjugi fosse in *mala fide* abbiano i figli dei dritti contro di lui, senza esser tenuti ad alcun dovere. Perchè l'ignoranza di dritto secondo il §. 12 è considerata come *scientia*, dovrebbesi logicamente conchiudere, che non possa ammettersi alcun *matrimonium putativum*, quando entrambi i conjugi incorsero in un errore di dritto, e che perciò il matrimonio sia nullo: ma la pratica Francese seguì costantemente l'opinione contraria, quante volte trattossi del vantaggio dei figli.

§. 82.

V. *Sponsalizii*. Perchè di questi non è parola nel Codice, è perciò che gli espositori di esso opinarono diversamente sugli effetti degli sponsalizii, e vi confusero molti principii Romani o canonici (5). Ma non essendo vietati come contratto, e siccome secondo il Codice nel dubbio a tutti i contratti si accompagna il dritto di reclamare, così fu opinione dei migliori espositori, che gli sponsalizii dovessero regolarsi secondo i principii generali di tutti i contratti (6). Da questi può conchiudersi, che gli sponsalizii non danno il dritto di obbligare al matrimonio la parte contradicente, ma di reclamare il pagamento dei danni e della pena convenuta, ed in questa opinione andarono i più dei commentatori del Codice.

§. 83.

Scioglimento del matrimonio.

1) Questo succede *ipso jure* per morte naturale o civile (7).

2) Per divorzio. Gli Autori del Codice incontrarono non poche difficoltà in questa dottrina. Secondo il dritto canonico tanto universalmente radicato non ammettevasi alcun divorzio *quoad vinculum*, ma la semplice separazione. Quando il Codice avesse voluto essere conseguente ai suoi principii avrebbe dovuto rigettare un tale sistema, ma le coscienze di molti ne furono offese, sicchè mentre fu ammesso per ragioni importanti il divorzio, lo fu pure sotto delicate modificazioni la separazione, perchè le opinioni religiose di alcuni non violentassero l'incredulità degli altri. Gli Autori del Codice ripugnavano da un divorzio puramente volontario; ma era stato una volta un concetto favorito nel periodo rivoluzionario, dimodochè fu forza ricorrere a mezzi indiretti, giacchè sebbene ammesso fu però circoscritto da tali limitazioni, che non fosse facile, che venisse ad alcuno il desiderio di usarne. Ma leggesi nel Codice una specialità, alla quale non posero ben mente i pratici, ch'esso rimette il giudizio sul divorzio al potere giudiziario competente col costante intervento del Procurator Regio: applicandovi però l'antica regola, che il simigliante non può essere annullato che dall'azione d'un elemento direttamente contrario, ordina che quando il Tribunale avrà pronunziato lo scioglimento del matrimonio, un tale giudizio si esegua dall'uffiziale dello stato civile, che lo ha celebrato (8).

§. 84.

a) Divorzio dimandato parzialmente da una delle parti per giusti motivi: il Codice ne novera quattro.

saulx, I. p. 278-307, p. 7-11 — Proudhon, T. I. p. 222 — Zachariä, III. p. 61-65.

(1) Art. 180, 181.
(2) Art. 182, 183.
(3) Art. 139.
(4) Art. 201, 202.

(5) Art. Zachariä, parte III. p. 45,46 — Lassaulx, I. p. 260, 270.
(6) Art. 1142, 1226-1233, 1590.
(7) Art. 25, 227.
(8) Art. 264, 294.

a) Adulterio: è detto però, che la donna possa dimandare il divorzio, solo quando il marito viva colla concubina nella casa comune (1).

b) Maltrattamenti corporali ed altre ingiurie gravi (2). Quello che con ciò s'intenda, non è precisato nel Codice, e perciò versarono gli espositori in molti dubbi (3): c) una pena infamante (4): d) quando una semplice separazione durò per tre anni (5).

b) Le eccezioni perentorie contro la dimanda di divorzio (*fins de non recevoir*) sono le seguenti: 1) La riconciliazione, quando l'azione è intentata per adulterio o per ingiurie gravi; ma gli antichi motivi rivivono, se colui, al quale fu perdonato, divenga recidivo. Deesi considerare come una rinunzia tacita il fatto dell'abbandono da parte della donna dell'abitazione assegnatale durante il giudizio (6), o quando la parte offesa si limiti a dimandare la semplice separazione (7).

2) L'opposizione, che colui, che aveva dritto ad intentare l'azione, sia morto, pria che fosse giudicato, giacchè la morte, per la quale si scioglie *ipso jure* il matrimonio, rende al tutto impossibile il divorzio, ed a cagione d'una tale impossibilità l'azione non si trasmette agli eredi, nè quella della restituzione degli oggetti donati secondo l'art. 959, stantechè l'esercizio d'una tale azione non è possibile che dopo il divorzio realmente avvenuto (8). Questo pensiero è stato eccellentemente svolto da Pfeiffer (9), ma egli va certo errato, quando opina, che gli eredi abbiano l'*actio rivocatoria*, ove la morte avvenga dopo l'ammissione del divorzio, ma prima che il giudizio fosse eseguito dall'uffiziale dello stato civile: le parole, *le divorce ait lieu*, manifestamente contradicono una tale opinione (10).

c) Relativamente alle vie giudiziarie da tenersi è certo, che il Tribunale non potrà non pronunziare il divorzio, quando è domandato per una riconosciuta infamia, o dopo, che la semplice separazione durò per tre anni, giacchè la *causa* è per se stessa manifesta ed indubitata (11). Quando si reclami per altri motivi, che dovranno essere prima pruovati, e quando s'intraveda la possibilità d'una riconciliazione, è ordinato un metodo molto prudente, e che tende a prevenire uno scandalo publico: è questo quello che segue: 1) per il bene dei figli e dei rapporti personali dei conjugi voglionsi osservare le misure provvisorie chiaramente descritte negli art. 267—274: 2) la procedura in prima istanza è sulle prime segreta, preparatoria, prima davanti al solo presidente, e poi a porte chiuse davanti al tribunale (12). Quando non ne segue alcuna riconciliazione, dovrà tenersi una procedura publica ed ordinaria: ma per evitare gli scandali dovranno udirsi i testimoni a porte chiuse, ed anche il Tribunale, se non disperi al tutto d'una riconciliazione, potrà sospendendo il giudizio per un anno, indurre le parti ad uno più maturo consiglio (13). Al giudizio di divorzio possonsi opporre i mezzi ordinari di dritto (14), ossia ai giudizi contradittorii l'appello, a quelli in *contumaciam* l'opposizione, e quindi anche il Ricorso in Cassazione. 3) Come mezzi di pruova il Codice à ammessi come basi dell'azione documenti e testimoni: sono quindi *implicite ed explicite* escluse le confessioni, il giuramento, e la transazione delle parti (15), e con ragione, giacchè altrimenti il divorzio puramente volontario reso tanto difficile dal Codice (§. 85) dipenderebbe al tutto dall'arbitrio delle parti: le confessioni però afforzate con altri mezzi di pruova potrebbero essere usate sussidiariamente (16). Il Codice di procedura Francese (17) esclude pure il divorzio volontariamente rimesso al giudizio degli arbitri, ed è ciò consegnente, giacchè la dottrina contraria menerebbe alla piena libertà del divorzio volontario.

Deesi pure rigettare il *jiuramentum suppletorium* in difetto di pruove compiute, sebbene sia questo ammesso generalmente nelle altre materie (18), giacchè il Tribunale dovrà decidere immediatamente e diffinitivamente dopo avere uditi i testimoni (19). Come opposizione ammettesi qualunque siasi mezzo ordinario di pruova, giacchè la verità dell'opposizione tende al meglio, ossia ad evitare il divorzio.

(1) Art. 229, 230.
(2) Art. 231.
(3) Dabelow, Arch. V. p. 442-452 — Grolman, parte III. p. 55-102.
(4) Art. 232.
(5) Art. 308.
(6) Art. 268.
(7) Art. 306, 310.
(8) Art. 299.
(9) *Casi di dritto* III. n. 23.
(10) Nell'art. 299.
(11) Art. 261, 310.
(12) Art. 236-245.
(13) Art. 246-260.
(14) Art. 262-265. — Grolman, p. 207-220 — Birnbaum, *Jurisprud.* T. I. p. 257-266.
(15) Art. 244, 246.
(16) Grolman, parte III. p. 165-167 — Strombeck, Scienza del dritto n. VIII.
(17) Codice di Proc. 1004.
(18) Art. 1366, 1377.
(19) Art. 356-258 — Strombeck n. XXI.

Senonchè il Codice contiene a tal proposito una grande inconseguenza (1), che fu voluta colorire, ma che nondimeno è manifesta, giacchè ammette, che quando *le demandeur en divorce* neghi che siavi stata riconciliazione, *le defendeur* possa farne la pruova sia con documenti, sia per testimoni.

§. 85.

Divorzio volontario. Un tale divorzio già abolito da Giustiniano, e poi novellamente ammesso nel periodo rivoluzionario fu riconosciuto come troppo pericoloso; sicchè cercossi renderlo in tutti i modi malagevole e per limitazioni e per le consegnenze. È inammissibile: 1) quando i conjugi siano minori di 25 e 21 anno, perchè si opina, che non abbiano ancora intelligenza capace per una sì importante risoluzione.

2) quando il matrimonio non sia ancora durato due anni, nè forse i conjugi ebbero bastante occasione per la conoscenza scambievole:

3) o quando abbiamo vissuto insieme per 20 anni, giacchè in tal caso potranno continuare a coesistere con pazienza e buon volore:

4) ove la moglie avesse al dì là del 45 anni, sicchè fosse quasi esclusa dalla speranza d'un novello matrimonio (2).

5) Dovranno inoltre assentirvi senza alcun riguardo dell'età dei figli anche i genitori e gli altri ascendenti secondo l'ordinamento dell'art. 150, e persistere nel loro consenso fino alla quarta dichiarazione delle parti (3).

Il modo da tenersi, perchè tutto segua avvisatamente e con riflessione è chiaramente descritto nel Codice (4), e particolarmente le parti avranno a fare quattro dichiarazioni nell'anno della proroga.

Questo modo di fare divorzio fu reso in fine più difficile per condizioni e conseguenze molto dure (5), e di queste faremo più particolarmente parola nei §. 114.

§. 86.

Separazione. Perchè la coscienza di molti cittadini ripugnava al divorzio, come pure per prevenire qualunque scandalo fu ammessa la semplice separazione personale, quando vi fosse uno dei motivi, per i quali si potesse dimandare il divorzio (6). Ma perchè la religione d'uno dei conjugi non facesse violenza a quella dell'altro, fu ordinato, che il colpevole, contro cui chiedesi la separazione personale, potesse dalla sua parte dimandare il divorzio dopo tre anni dalla separazione, che anzi il querelante lo potrebbe per nuove colpe del querelato. Il Codice non fa in alcun modo parola della procedura da tenersi in simile caso (7).

§. 87.

Ammettesi anche un'azione contro il seguito divorzio, la quale è fondata su motivi di restituzione, che sono conformi ai principj generali (8). Ma nuova interamente è la regola, che non permettesi ritornare convenzionalmente dal divorzio al matrimonio, giacchè un tale atto, al quale il Codice non si mostra tanto inchinevole si convertirebbe al tutto in trastullo (9).

§. 88.

EFFETTI GIURIDICI DEL MATRIMONIO.

I. *Effetti legali:*

1) *Relativamente ai conjugi fra loro:* A. *Durante il matrimonio:* a) *rapporti scambievoli.*

Il Codice si limita a questo proposito ai principj al tutto indeterminati, che i conjugi sieno tenuti l'uno verso l'altro alla fedeltà, al soccorso ed agli alimenti (10). La quistione, se un conjuge, che ricusi di piegarsi alla volontà dell'altro, possa essere astretto colla forza all'adempimento del doveri conjugali, non è decisa nel Codice, e molti opinarono per la negativa per il principio generale, il quale regola tutte le obbligazioni *faciendi*, che il diniego scioglie il rapporto di dritto (11), origioandovisi soltanto l'obbligazione del pagamento degl'interessi. Ma i più degli espositori si avvisarono diversamente per la ragione, che non cade qui in acconcio l'applicazione dell'art. generale 1142, giacchè vi à nel matrimonio la specialità, ch'esso non possa essere sciolto arbitrariamente (12). Per quanto riguarda particolarmente

(1) Art. 274. — Grolman, p. 286-289. — Zacharià, parte III. p. 89.
(2) Art. 275-277.
(3) Art. 278, 285.
(4) Art. 274-294.
(5) Art. 296, 305.
(6) Art. 306, 307.
(7) Cod. di Proc. Art. 875-880 accenna a qualche particolare. — Grolman, p. 460-478.
(8) Art. 1304-1314.
(9) Art. 295.
(10) Art. 212, 214, 1537, 1575.
(11) Art. 1142.
(12) Lassaulx, parte I. p. 310. — Grolman, parte II. p. 453 — 456. — Strombeck, *Scienza del dritto* n. XIII.

mente le donazioni fra i conjugi (1) si leggono nel Codice molte nuove determinazioni, ed in ispecie le seguenti: simiglianti donazioni non sono nulle (a), ma soltanto rivocabili (2), sicchè danno un possesso per prescrivere. Non è però deciso, se la rivocabilità valga contro i terzi, e di qual durata sia: sul primo differenziarono moltissimo le opinioni, ed è difficile trarne una decisione anche dalle analogie, giacchè il Codice in altri casi quando ammette e quando nega la rivocabilità contro i terzi. Relativamente al secondo punto tutti gli espositori convennero, che avevasi presente la dottrina del dritto Romano, che alla morte del donatore addivenisse la donazione irrevocabile. Quando alla dimanda segue il divorzio, ritiene il conjuge querelante tutti i doni, che potesse aver ricevuti dall' altro (3). Non i soli figli, come per dritto Romano, sono considerati come persone interposte, ma tutti gli eredi intestati del conjuge donatario, perchè si à gran ragione di temere, che colui, a cui favore non permettesi far donazione, non ne traesse in fine un vantaggio (4).

A cagione del temuto dispotismo del marito sono assimigliati alla donazione la vendita e la permuta (5). Il Codice non ammette le eccezioni del dritto Romano relative alla validità delle donazioni (b).

(1) Zacharlä, parte IV. p. 387-390.

(a) *L. I. D. h. t.* (24. 1.) (*Ulpianus*).

Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent : hoc autem receptum est, ne mutuo amore se invicem spoliarent, donationibus non temperantes, sed profuga erga se facilitate utentes : nec esset eis studium tiberos potius educendi. Sextus Cecilius et illam causam adjiciebat, quum saepe futurum esset, ut discuterentur matrimonia, si non donaret is, qui posset: ea ratione eventurum, ut venalia matrimonia essent » — « *Majores nostri inter virum et uxorem donationes proibuerunt, amorem honestum solis animis aestimantes famae etiam conjunctorum consulentes, ne concordia practio conciliari viderent, neve melior in paupertatem inciderst, deterior ditior fieret* ».

Il divieto delle donazioni fra i conjugi è l'estremo del difetto di comunione. Certo quante volte non si voglia guardare addentro alla natura delle cose, si potrebbe intendere nelle ragioni che i giureconsulti Romani, e l' Imperadore Ginstiniano ventilanoa giustificare un tale divieto, appunto il contrario di quello, che è vero; giacchè essi vi scorgono il più alto omaggio reso al matrimonio, che si vuole elevato al di sopra d'ogni interesse individuale, ed è prima loro ragione, che i conjugi vicendevolmente non si spogliassero, *(ne mutuato amore invicem spoliarentur)*. L'altre ragioni sono, che la discordia non s' insinui nel matrimonio, e finisca questo poi col divorzio, quando l' uno dei conjugi non condiscenda a donare : *quia saepe futurum esset ut discuterentur matrimonia, si non donaret is qui possit:* che i matrimonii non sieno venali, ma liberi d' ogni fine materiale, e perchè si risparmii anche con ciò la fama di persone sì intimamente associate *(omorem honestum solis animis aestimantes famae etiam conjunctorum consulentes, ne concordia praetio conciliari videretur)*. Chi leggiermente considerasse questi principii, che suonano si bellamente, sarebbe forse inchinato ad opinare, che il divieto delle donazioni partisse da un principio tutto morale. Ma sol coll'affermare, che i conjugi si spoglierebbero scambievolmente, che i matrimonii addiverrebbero venali o soggetti a sciogliersi, si confessa, che il principio morale del matrimonio è si debole, che la minima collisione d'interessi sarebbe bastante a soffocarlo. Un matrimonio, in cui si consideri la proprietà come un obbietto, per il quale si teme una collisione, e non come la sfera esterna di esso, nè la eleva ad un momento della comunione, à sempre in se qualche cosa di limitativo e predominante, e prende esso stesso il medesimo carattere, e con ciò perde la sua vera essenza. Sarebbe molto più nobile l'ammettere, che il dono dell'uno contribuisse ad accrescere il già esistente amorevole sentimento dell'altro, in luogo di temere, che la donazione valesse a distrarre o rompere l' armonia fra i conjugi. Un tale sospetto eleva l'interesse materiale al di sopra del sentimento, ed umilia questo immensamente. Una volta ammessa una tale limitazione, le sentenze dei giureconsulti Romani, che sia da evitare una collisione d'interessi, ed altre simiglianti ragioni sono molto vere, e fanno pruova di una grandissima delicatezza; la quale, come tutte le delicatezze in generale, lascia supporre che vi sia difetto d'ingenuità e di verità di sentimento. Sarebbe molto meglio, che non vi fosse il bisogno di ricorrere ad una tale delicatezza, che non si scompagna mai dalla coscienza d'un elemento al tutto estraneo, ed esterno al sentimento. Gans, *Dritto di successione nella storia romana.* trad. Ital. p. 233.

(2 Art. 1096.

(3) Art. 299, 300.

(4) Art. 1099, 1100.

(5) Art. 1595, 1707.

(b) *L. 40.* (Ulpianus) « *Quod adipiscendae dignitatis gratia ab uxore in maritum collocatum est, eotenus ratum est, quatenus dignitate supplendae opus est* » — *L. 41. D.* (Licinius Rufinus « *Nam et Imperator Antoninus constituit, ut ad processus viri uxor ei donare possit* » — *L. 42. D.* (Cajus) « *Nuper ex indulgentia Principis Antonini recepta est alia causa donationis, quam dicimus honoris causa, ut uxor viro lati clavii petenti gratia donet, vel ut equestris ordinis fiat, vel laudorum gratia* ».

L. 24. 1. (Paulus) « *Quod si vir uxori, quo-*

§. 89.

b) *Dritti particolari del marito.* Il Codice non à riconosciuto al marito alcun dritto di punizione, nè in ciò à creduto rimettersi come il dritto antico alla sua moderazione. Obbliga la moglie soltanto in un modo indeterminato ad una scambievole assistenza, ubbidienza, ed a seguire il marito nelle propria casa (1): riconosce però al marito un generale domestico *imperium* sopra essa. Rispettivamente ai beni àvvi molte specialità, delle quali sarà parola nel §. 117. fino a 134. In generale il sistema del Codice relativo alla limitazione del dritto delle donne è il seguente: si considerano le donne come troppo avvisate e prudenti, perchè abbisognassero della tutela del sesso, secondo il primitivo dritto Romano, e sono soggette ai tutori soltanto in quel tempo ed in quei casi, nei quali lo sono anche gli uomini. È però una necessità favorire durante il matrimonio il marito, e dargli il primato. È perciò, che per regola generale non permettesi alla moglie contrarre durante il matrimonio alcuna obbligazione giuridica senza esserne autorizzata dal marito, e ciò risponde ai più antichi *coutumes* (2). Ma quando egli senza alcun motivo si nieghi ad assentire, può la moglie farsi autorizzare dal Tribunale, senza però che il marito ne risponda coi proprii beni (§. 227). L'autorizzazione del marito non potrà essere data nè sconsideratamente nè in un modo generale, quando non trattasi di affari di amministrazione, o quante volte la moglie non esercitasse il commercio: ma anche in tal caso questa non potrà intentare alcuna lite, senza che il marito vi assentisse (3). L'autorizzazione del marito però non è necessaria nei seguenti casi:

1) quando la moglie sia soggetta ad un processo criminale, o di polizia (4):

2) per far testamento (5):

3) quando trattasi di assicurare i proprj dritti, dimandando per esempio, l'iscrizione (6):

4) quando fu ammessa a suo favore la separazione dei beni (§. 219), giacchè in in tal caso può amministrare i suoi immobili e vendere i mobili (7): 5) quando operi per interesse di estraneo persone (8): 6) quando ritiri i doni da lei fatti al marito: ed il medesimo deesi dire di qualunque lite essa potesse intentare contro di lui (9).

§. 90.

c) *Dritti particolari della moglie.* Per tutto quanto è personale, è detto, che la moglie segue il *foro* del marito, e che debba essere assistita da lui in tutti i bisogni. Dei dritti sui beni, ch'essa possa avere, non è questo il momento di trattare per non mancare ad una certa connessione, ma ne sarà parola nel §. 94 — 112.

§. 91.

B) Durante il processo per ottenere il divorzio vi sono per maggiore sicurezza alcune regole speciali, che leggonsi chiaramente descritte negli art. 267 — 271, 280.

§. 92.

C) *Rapporti fra i conjugi dopo sciolto il matrimonio o dopo la separazione:*

a) Lo scioglimento del matrimonio ne annulla anche gli effetti, ma è regola seguita nella pratica, che la moglie ritenga il nome e la condizione del marito, quante volte il matrimonio non sia sciolto per divorzio, ma per morte, e ch'essa conservi l'antico *domicilium necessarium* (§. 63), finchè non ne scelga un novello. b) Il divorzio è cagione di molti impedimenti legali al matrimonio (10): c) Il conjuge colpevole perde tutti i doni ricevuti, e tutti i vantaggi convenuti, ma l'altro li ritiene. Quando a favore di questo non fu convenuto alcun vantaggio in caso di divorzio, può quante volte ne abbia bisogno, pretendere il terzo della rendita del conjuge colpevole: perde questo nel dubbio anche il dritto della educazione dei figli, ai quali sono riservati tutti i vantaggi convenuti nel contratto di matrimonio, o che la legge accordi loro (11). Una tale regola è pure applicabile al divorzio volontario, colla condizione molto dura, ch'entrambi i conjugi perdino a favore dei figli la metà dei loro

rum aedes incendio consumptae sunt, ad refectionem earum pecuniam donaverit, valet donatio in tantum, in quantum aedificii extructio postulat» — eodem — « Sive uxor marito res donasset, isque eas in dotem pro communi filia dedisset, sive post donationem, quam in maritum contulit; uxor passa est eum pro filia in dotem dare benigne potest dici, et si prima donatio nullius momenti est, attamen ex sequenti consensu valere dotis dationem ».

(1) Art. 212-214.

(2) Art. 215, 217, 721.
(3) Art. 215, 217, 220, 223.
(4) Art. 216.
(5) Art. 226.
(6) Art. 940, 2939, 2994.
(7) Art. 1449.
(8) Art. 1990.
(9) Art. 1096.
(10) Art. 295-298.
(11) Art. 301-304.

beni conservandone l'usufrutto fino alla maggiore età di essi (1). Questa regola per la sua durezza molto controversa, ma chiaramente espressa nel Codice (2) fu dettata dall'intenzione di rendere in tutti i modi malagevole il divorzio volontario, dal quale erano sì avversi gli Autori del Codice. e) Per il divorzio che succede alla separazione, che è durata tre anni (3), continuano naturalmente le medesime condizioni, colle quali fu fatta la separazione, e cessano quindi gli effetti del matrimonio. Ma è pur giusta l'opinione di molti, che debbasi concedere al conjuge innocente il dritto di domandare i necessari alimenti. Le conseguenze della separazione non sono determinate nel Codice, ma per la natura d'una tale istituzione deesi certo affermare con molti espositori, che la comune economia e l'obbligazione di convivere insieme cessino: la moglie può scegliersi un *domicilium* proprio, e chiedere la restituzion dei suoi beni (4). Per tutt'altro durano gli antichi rapporti, per esempio la patria potestà, lo scambievole dovere degli alimenti, e quello di astenersi da qualunque congiunzione colle altre persone. Relativamente alle liberalità, che uno dei conjugi trovasi aver fatte all'altro, è da osservare: 1) le donazioni durante il matrimonio sono sempre rivocabili (§. 88.), nè una tale regola patisce qui alcuna eccezione, sicchè ciascuno dei conjugi può rivocarle, e quando ciò non faccia, rimangono provvisoriamente valide. 2) Le donazioni che formino uno dei patti del matrimonio sono irrevocabili (5), senonchè nel caso di separazione sono conservate dal conjuge innocente, perdute dal colpevole (6).

§. 93.

3) Secondo il codice non seguono dal matrimonio per i terzi rapporti speciali, fatta eccezione, che per gli affari giuridici la moglie abbisogna regolarmente dell'autorizzazione del marito (§. 89), e che questi à sui beni di lei molti privilegi, dei quali sarà più determinatamente trattato nel §. 95. fino al §. 117.

§. 94.

4) Relativamente ai figli il matrimonio produce gli effetti descritti nel §. 67.— 72. Il Codice non ricorda alcuna delle misure preventive del dritto Romano contro lo scambio simulato dei figli, senzachè si scorgesse nelle discussioni la ragione d'un sì sconsiderato silenzio.

§. 95.

II. *Effetti convenzionali del matrimonio.*

Il Codice contiene a tal proposito un sistema tutto speciale, che è strettamente connesso coi dritti di proprietà dei conjugi, sicchè questa dottrina dovrà essere compresa sotto una tale categoria (7).

§. 96.

Relativamente ai patti matrimoniali il Codice ripete i principj Romani, ch'essi non possano essere in opposizione colle obbligazioni ordinate per legge, coi buoni costumi e coi dritti delle terze persone (8). Ma sulle forme vi sono nel Codice grandi specialità. Secondo il dritto Romano i patti matrimoniali potevansi convenire prima e durante il matrimonio *publice* o *privatim*, donde originavasi la più grande incertezza per le persone, che credevansi garantite dai beni dei conjugi. A ciò prevenire, i patti matrimoniali sono permessi sempre e soltanto prima del matrimonio, da dover essere descritti in un atto autentico e pubblico (9): sicchè anche quando prima del matrimonio volesse innovarsi o aggiungersi cosa alcuna, tali giunte dovranno far parte dell'atto principale. Una specialità del Codice relativa ai patti per credità o donazioni non potrà essere trattata che nel §. 243.

§. 97.

Sul dritto di proprietà dei conjugi (10) il Codice contiene un sistema molto accurata-

(1) Proudhon I. p. 316-318 — Zachariä, parte III. p. 155-156.
(2) Art. 305.
(3) Art. 100. — Grolman, parte III. p. 518.
(4) Art. 311.
(5) Art. 959.
(6) Art. 1518. — Proudhon, T. I. p. 341-348— Grolman, parte III. p. 500-508.
(7) Di questa dottrina tanto controversa ci è data la letteratura dà Zachariä III. p. 173. 174. Sulle persone e sulle donne, ch'esercitano il commercio è da vedere pure il Cod. di Proc. art. 872, e quello di Comm. art. 546 — 553.
(8) Art. 1387.
(9) Art. 1394, 1398, 1543, — Zachariä parte III. p. 154-167.
(10) È da vedere Zachariä, parte III. pag. 140-328.

mente esposto. Prima del Codice seguivansi a tal proposito varie regole: nelle provincie di dritto consuetudinario era sconosciuta la dottrina Romana sulla dote e sui beni parafernali, ed ammettevasi generalmente la *communio bonorum* di tutti i mobili, ed il marito come capo della famiglia amministrava liberamente i beni della moglie, sebbene si ammettessero dei patti, che potevano escluderla o modificarla. Le provincie nelle quali valeva il dritto scritto regolavansi per contrario secondo il sistema Romano, che favoriva moltissimo la libertà della moglie relativamente alla *dos* ed i *paraphernalia*. Il primo sistema, che addimandavasi *règime en communeauté*, fu il solo, di cui si ebbe considerazione dagli Autori del primo progetto, perchè creduto il migliore. Ma per un riguardo per il dritto seguito in molte province gli Autori del Codice ammisero anche il secondo sistema, che fu denominato *règime dotal*, avvisatamente aggiungendovi, che nel dubbio dovesse valere il primo quante volte i coniugi non avessero convenuto il *règime dotal* (1). Ma non deesi però opinare, che il primo sistema fosse sempre una communione, ed il secondo un regime dotale, giacchè in quello possono intervenire patti, che escludano ogni comunione, ed in questo distruggano ogni regola dotale (2).

I. *Règime en communauté*. Qui o vi esista una.

1) *Communio:* e questa può essere *legalis* (3), o *convenzionalis* (4).

2) O non vi sia alcuna comunione, ciò può avvenire: a) quando prima del contratto di matrimonio sia così convenuto (5): b) quando la comunione sia sciolta durante il matrimonio per separazione personale (6) o per volontà di uno dei conjugi (7).

II. *Règime dotal.*

In questo o vi à una dote (8), o manchi al tutto, il che è pure possibile, non altrimenti che per la comunione (9).

§. 98.

Sui diversi sistemi cadono in acconcio le seguenti generali osservazioni: 1) una *dos* è possibile nell'uno e nell'altro sistema (10), e perciò il Codice considera la dote sotto un doppio riguardo, giacchè la differenza caratteristica delle due specie di essa si ripone in ciò, che fu compresa la dote Romana in un modo molto più limitato ed economico e quella per contrario delle provincie di dritto scritto in un modo più largo e Germanico. Perchè nelle *coutumes* parlasi sol di passaggio della *dos* molto rara nelle contrade di dritto consuetudinario, così pure di passaggio fu trattato il regime dotale, giacchè non trovossi nulla a copiaro; mentre si faceva attenta osservazione alla specialità del dritto Romano, giacchè leggevansene i dettagli nel Codice e nelle Pandette. Queste due trattazioni ci conducono alla difficile quistione, che sarà ben tosto esaminata, se quello, che il Codice à esattamente determinato sulla dote *du règime dotal* sia anche per analogia applicabile alla dote *du règime en communauté*. Per risolvere una tale quistione ci fa d'uopo trattare preventivamente *du règime dotal*.

2) Gli Autori del Codice mostrano di avere a cuore l'autorità del marito, il quale in entrambi i sistemi non perde mai ogni sua potestà su' beni della moglie, non potendo questa in tutti i casi vendere gl' immobili senza che quegli vi assentisse, come sarà dimostrato in seguito (11).

3) Il Codice non ammette una combinazione dei due sistemi, giacchè sarebbe qualche cosa di contradicente, e fatte poche eccezioni per dritto consuetudinario, lascia prevalere nel dubbio il sistema del *règime en communauté*, nella speranza, che non facendosi da molte persone alcuna particolare convenzione s' insinuasse in tal modo a preferenza e da per ogni dove in Francia il regime della comunione (12). È victato riportarsi indeterminatamente ad una delle antiche consuetudini locali, giacchè ne seguirebbe una grande incertezza di dritto, e perchè gli avvocati ignorerebbero essi stessi, quanta estensione potessero avere le singole consuetudini locali, essendo queste fra loro discordanti moltissimo, intendendo gli Autori del Codice per quanto è possibile alla unità del dritto. La quistione, in qual modo debbonsi regolare i matrimoni contratti prima della publicazione del Codice, non è risoluta, e fu vivamente agitata fra gli espositori, come pure l'altra molto importante, relativa al

(1) Art. 1393.
(2) Art. 1444, 1530-1539, 1563-1575.
(3) Art. 1399-1496.
(4) Art. 1497-1527.
(5) Art. 1530-1539.
(6) Art. 311.
(7) Art. 124, 1443-1449.
(8) Art. 1540-1573.
(9) Art. 311, 1563, 1575.
(10) Art. 1438-1440, 1443, 1530-1535.
(11) Art. 1428, 1449, 1530, 1536, 1538, 1576.
(12) Art. 1391, 1393, 1498, 1499, 1581.

significato vero della regola, che una legge non sia riferibile *ad praeterita* (1).

§. 99.

1. *Régime dotal* (a).

A tal proposito àvvi soiamente le due principali quistioni relative alla dote, ed ai beni parafernali.

Il Codice su questa materia si esprime con principii generali, che sarebbero anche applicabili alla dote *du regime en communauté*, e che qui per brevità debbonsi indicare in un modo generale, perchè non si abbia a ripetere le medesime cose sui due sistemi (2).

§. 100.

I principii generali sulla dote, che sarebbero applicabili anche a quella *du regime en communauté* sono i seguenti. A. Niuno è per dritto moderno come per dritto Romano (b) obbligato a costituire una dote, nè anche il padre, giacchè ne seguirebbe facilmente un male maggiore per le indagini da farsi sulla proprietà (3). Nel dubbio deesi supporre, che i genitori, che promisero una dote, avessero inteso obbligarvi i proprii beni ciascuno per la metà (4) B. Secondo il principio generale sui patti matrimoniali (§ 96), non può costituirsi nè aumentarsi la dote dopo il contratto di matrimonio (5). Sarà nondimeno valida, quando venga posteriormente assegnata da un terzo. C. Chi costituisce una dote risponde della evizione e degl' interessi dal momento del matrimonio (6) D. Quando si à ragione di temere la perdita della dote, la moglie può domandarne la restituzione (7). E. La moglie à per la dote una ipoteca legale sugl'immobili del marito (8). F. In difetto di speciali conven-

(1) Zacharià, parte, III. p. 179.

(a) L'istituzione della dote considerata storicamente è l'espressione vera dello spirito di famiglia delle diverse civiltà della storia. In Oriente, la cui società fu tutta ordinata a gerarchia dispotica, ignoto fu il concetto della dote, giacchè questo importa che si riconosca almeno esternamente l'indipendenza delle due personalità dei conjugi; ed è ben noto che il mondo Orientale è quello appunto, in cui non si è svolta ancora l'individualità, sicchè il marito civilmente schiavo al di fuori è il despota feroce ed assoluto della famiglia e della moglie, e perchè illimitatamente dispone della vita di questa, è pur conseguente che lo possa anche dei beni, o meglio perchè l'esistenza della moglie si confonde in quella del marito non per amore o per sentimento, ma per forza di dispotismo, è necessario pure, che così fosse anche dei beni di lei.

Il mondo Greco ed il Romano sono quelli della indipenza della individualità, ma questa non è ancora riconoscinta subbiettivamente, altrimenti la schiavitù sarebbe stata al tutto impossibile; ma si manifesta per segni esterni ed obbiettivi. Così nel matrimonio, in cui vi ha da una parte l'unità o la confusione delle due personalità dei conjugi, e dall'altra la loro distinzione, l'unità non è quella morale e subbiettiva del sentimento e dell'amore, nè la distinzione delle due individualità è quella del carattere morale dei due conjugi, ma prende una manifestazione esterna, quella della dote: onde a ragione un giureconsulto Tedesco dice: « creare per la donna questa sfera di beni, in cui essa affermi la sua indipendenza o l'obbligo di dotarla è un dovere sacro e quasi religioso secondo il dritto Greco. Demostene si querela della perdita dei suoi beni, sol perchè sia divenuto incapace a dotare sua sorella. L'istessa importanza si associa per dritto Romano al dovere di dotare. Plauto vuole distinta la moglie dalla concubina per la dote, ed in molti brani delle Pandette è scritto, che è interesse dello stato la costituzione e la conservazione della dote, *reipubblicae interest, mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt* ».

Nella civiltà moderna, la individualità dell'uomo e della donna è riconosciuta in se stessa subbiettivamente, è addivenuta un fatto di coscienza, e non abbisogna più di manifestarsi e di attuarsi per segni esterni: secondo il dritto Cristiano Germanico l'unità e l'identità delle due persone, che convengono in matrimonio non è più quella esterna della legge e del dispotismo del marito, ma dell'amore e del sentimento; l'indipendenza delle due individualità sta e si conserva per il semplice carattere morale di esse, e non per segni esterni. Dove l'amore è il principio del matrimonio, la dote perde quella importanza che aveva per dritto Greco e Romano, addiviene un elemento al tutto secondario, una parte della sfera esterna d'una tale istituzione, e può essere maggiore o minore, può essere regolata da una legge o da un'altra, senza che ciò influisca sull'essenza istessa del matrimonio.

(2) Per la letteratura di questa dottrina è da vedere Zacharià, parte III. p. 140-328.

(b) *L. 19. D.* (23. 11) (*Martianus*).

« *Qui liberos, quos in potestate habent, injuria prohibuerint uxorem ducere, vel nubere, vel qui dotem dare non volunt ex constitutione divorum Severi et Antonini per proconsoles praesidesque provinciarum coguntur in matrimonium collocare et dotare. Prohibere autem videtur et qui conditionem non quaerit* ».

(3) Art. 204.

(4) Art. 1438, 1439, 1544-1546.

(5) Art. 1395, 1543.

(6) Art. 1440, 1547, 1548,

(7) Art. 1443, 1563.

(8) Art. 1572, 2121, 2135.

zioni il reclamo di restituzione della dote spetta solamente alla moglie, o a chi ne furono i donatori, quando l'avessero data con una tale condizione (1).

2) Principii speciali per la dote *du régime dotal*. Questi sono: A. La costituzione della dote non avviene, come nel sistema della comunione, tacitamente (2), ma soltanto per *datio in dotem;* il medesimo deesi dire di tutti gli altri beni, che furono indicati nel contratto matrimoniale (3). B. Dritto ed obblighi del marito. Questi à l'usufrutto e la libera amministrazione della dote, e ne riceve la proprietà, quando un tal dritto gli venga per contratto matrimoniale, il che avviene dei mobili per estimazione (4). Le cose che si consumano coll'uso addivengono proprietà dell'usufruttuario (5); è questo un principio generale applicabile anche qui. Gl'immobili, che non passarono in sua proprietà, non possono essere venduti da lui, anche quando vi assentisse la moglie istessa, se non abbia avuto un tal dritto per contratto matrimoniale. Una tale regola patisce delle eccezioni in alcuni casi di necessità (6). C. I dritti della moglie sono interamente sospesi, fatte poche eccezioni, durante i rapporti dotali, e per regola generale le cose dotali sono anche imprescrittibili (7). D. Per quanto riguarda la restituzione della dote, o il termine in cui dovrà farsi dopo sciolto il matrimonio, il Codice ordina che tutto quanto non divenne proprietà del marito, debba essere restituito, ma che non possa dimandarsi l'adempimento delle altre obbligazioni prima d'un anno (8). La ragione, che l'oratore del governo, Berlier, apporta, si è, che un tale termine sia necessario per un riguardo dovuto al dolore del marito, quasicchè sciogliendosi il matrimonio per morte del marito, potesse essere questi nel novero delle persone addolorate, o morendo la moglie non possa quegli asciugare le lagrime prima d'un anno. Qui fu manifestamente falsato il senso del dritto Romano, che faceva distinzione fra gl'immobili ed i mobili, non essendovi la medesima facilità per la restituzione di questi ultimi, come per quella dei primi.

La moglie conserva i suoi abbigliamenti, e può dimandare per un anno gli alimenti e le vesti di lutto (9). Il marito conserva, come presso i Romani i frutti degl'immobili *pro rata temporis* del matrimonio, il che è pure applicabile al mobili. Si suppone che il marito abbia ricevuta la dote, quando sieno trascorsi dieci anni dal termine fissato dal *promissor dotis* (10).

Gli espositori si pruovarono a mettere una tale disposizione di accordo colla *exceptio non numeratae pecuniae et non numeratae dotis*, ma erroneamente, giacchè la regola Romana esprime solamente, che una semplice quietanza per se stessa nulla pruovi, ma che dopo il corso di un certo tempo debba ritenersi come una pruova incontestabile.

§. 101.

I beni tutti della moglie, che non sieno costituiti *in dotem* diconsi parafernali, ed essa ne ritiene il godimento e l'amministrazione; non può però alienare gl'immobili parafernali senza che vi assentisse il marito, o fosse autorizzata dal Tribunale, nè intentare una lite di suo proprio volere, dovendo rilasciare al marito il terzo della rendita di questa proprietà libera (11). Nel regime della comunione la moglie in un caso molto simigliante à la libera e piena disposizione dei suoi beni mobili (12).

§. 102.

II. *Régime en communauté* (a).

Questo sistema anticamente seguito nelle province di dritto consuetudinario è supposto

(1) Brauer, *Comm.* parte III. p. 457.
(2) Art. 1428, 1530.
(3) Art. 1541, 1542.
(4) Art. 1551, 1552.
(5) Art. 587. Questo non è detto espressamente della dote nel Codice.
(6) Art. 1555, 1558.
(7) Art. 155, 1558, 156, 1561, 2251-2256.
(8) Art. 1564, 1565.
(9) Art. 1566, 1570.
(10) Art. 1569.
(11) Art. 1574—1580.
(12) Art. 1449. 1536—1538.
(a) È tale l'ammirabile accordo fra un elemento della civiltà cogli altri che la compongono, o coll'insieme di essa, che per lo studio e l'intelligenza dell'uno o dell'altro noi possiamo seguire un doppio metodo, ossia, o investigandone l'insieme dedurre il carattere di ciascuna istituzione e di ciascun elemento, o facendo obbietto delle nostre considerazioni un particolare indurne lo spirito e le vicende storiche dell'universale. Questo doppio metodo è pure applicabile ad uno degli elementi del dritto positivo, alla societa conjugale: giacchè questa istituzione considerata storicamento in ciascuno dei grandi momenti della storia dell'umanità ci fa rilevare ad evidenza lo spirito di ciascuno di questi, come dallo studio dei diversi periodi della civitta potrebbesi indurre il modo, secondo cui dovette formolarsi la società conjugale. In Oriente, nella cui storia predomina il principio dell'unità e dell'assoluto, e la donna è curvata sotto il dispotismo del

nel dubbio, ma può essere più o meno limitato per convenzioni particolari, e può coesistervi anche la dote, come sarà pruovato in seguito. Per maggiore sicurezza dei rapporti coniugali, e perchè le persone estranee non potessero essere tratte in inganno, è ordinato, che la comunione non possa cominciare che dal giorno del contratto civile del matrimonio (1).

§. 103.

1) *Communio legalis*. A tal proposito la regola generale del Codice si è, che siccome i mobili dei due coniugi facilmente si confondono, e perchè questi non avessero a quistionare per piccole cose, nel dubbio ammettesi una *communio mobilium*, che dipendono interamente dall' arbitrio del marito, perchè si conservasse l' armonia coniugale, e l' autorità da quest' ultimo. La moglie vi si dovrà in questo tempo rassegnare, ma dopo sciolto il matrimonio potrà domandare di essere indennizzata per le colpe del marito (2).

§. 104.

In questa communione deesi fare attenzione ai seguenti punti:

a) *Rapporti durante la communione*. E qui cadono in acconcio le seguenti quistioni.

Come si compone la massa *activa* della communione? Vi fanno parte tutti i mobili apportati in matrimonio (3), ai quali, per prevenire ogni frode sono interamente assimigliati tutti gl' immobili comprati fra il contratto e la celebrazione del matrimonio (4): come pure nel dubbio tutti i mobili comprati durante il matrimonio (5), e quello, che uniformemente alle leggi dell' usufrutto si avrà tratto per rendite dagl' immobili non appartenenti alla communione, e quei mobili che si acquistino mediante quest' immobili: tutti gl' immobili donati in comune ai coniugi (6): e quelli acquistati cogl' immobili della communione; ciò si suppone nel dubbio (7). Non cadono in communione gl' immobili, che ciascuno dei coniugi avrà apportati, che sieno provenienti per successione (8), o particolarmente donati ad uno di essi, o quelli infine acquistati coi beni speciali di uno dei coniugi (9).

§. 105.

Di quali pesi è gravata la parte *passiva* della communione? Per legge vi si possono noverare i seguenti pesi: a) tutti i debiti mobiliari enunciati nel contratto di matrimonio, ossia, quelli che non ànno a loro obbietto un immobile (10). Perchè il solo marito, come colui, che regola e dispone della communione può gravarla di debiti (11) e non la moglie, i debiti precedenti di questa sa-

marito, non vi ha vera communione, giacchè il concetto di questa importa avvicinamento ed accordo di due elementi, che rimangono nondimeno distinti, ma l'individualità della donna si confonde e si perde in quella del marito, come l' individualità del marito si trasfonde nell' unità dello stato. Il mondo Greco è quello della individualità, e della personalità; la moglie apportando una dote al marito in luogo di essere comprata da lui compra in tal modo la sua libertà; con ciò s'intende, perchè era tanto sacro per i Greci il dritto ed il dovere di essere dotato e di dotare. Il mondo Romano fu la sintesi di questi due elementi, il dualismo del elemento patrizio e stazionario, che rappresentava l' elemento Orientale, e del libero plebeo, che rappresentava il Greco; questo dualismo si riflette anche nel matrimonio, giacchè distinguesi un matrimonio rigoroso, il cui potere è rappresentato dal simbolo sensibile della *manus*, ed un matrimonio libero. Ma quando due elementi opposti e contradicentisi vivono insieme, è impossibile che non influisca l' uno sull'altro, ed era ben naturale, che l'elemento stazionario patrizio sentisse l' influenza del plebeo progressivo, sicchè anche nel matrimonio rigoroso la moglie non è quale la vediamo nel mondo Orientale, la schiava di suo figlio, ma è trattata come figlia, *est loco filiae*: i beni della moglie seguono la condizione di questo doppio matrimonio, essi formano una communione, quando la personalità istessa della moglie si confonde in quella del marito, rimangono distinti quando distinta resta pure la personalità. Nel mondo moderno l'influenza Cristiana e Germanica hanno riabilitata moralmente la moglie: questa non abbisogna più d'un elemento sensibile e materiale, qual era la dote per la donna Greca, per conservare la sua indipendenza; non è più necessario per essa come nel mondo Romano o confondersi al tutto nel marito, o rimanerne distinta e separata; l' eguaglianza delle due personalità, che convengono in matrimonio, permette loro d'identificarsi moralmente in un sentimento subbiettivo rimanendo nondimeno distinte: sicchè la communione dei beni invece di essere la conseguenza necessaria della perdita di una delle individualità, è il riflesso di quell' armonia e di quell'accordo, che dicesi matrimonio.

(1) Art. 1399.
(2) Art. 1421, 1443, 1453, 1483.
(3) Art. 1401, n. 1.
(4) Art. 1404.
(5) Art. 1401, n. 1. 2. 1403. 1433—1436.
(6) Art. 1405.
(7) Art. 1401. n. 3. 1402.
(8) Art. 1404, 1406, 1408.
(9) Art. 1405, 1401, 1434—1436.
(10) Art. 526, 1409.
(11) Art. 1409, n. 2.

ranno a peso della communione, solo quando la loro esistenza anteriore potrà essere incontestabilmente pruovata (1): b) gl' interessi, capitali e le rendite scadute durante il matrimonio (2): c) tutte le spese necessarie per la conservazione di quei beni, i cui frutti cedono a beneficio della communione (3): d) le spese che allo sciogliersi della communione sieno indispensabili per regolarne la massa (4): e) gli alimenti del figli, e qualunque altro peso del matrimonio (5): f) tutt' i debiti in qualunque modo contratti per volontà del marito: g) i debiti, che provenissero dai fatti propri di lui, ed anche da un suo delitto, quando per questo non fosse la communione risoluta (6): h) i debiti contratti dalla moglie col consenso espresso di lui, e quando essa esercitasse il commercio con quello generale e tacito (7): i) quelli contratti per autorizzazione del tribunale per liberare il marito dalle carceri, o per sostentare i figli nell'assenza di lui. Soltanto in questo caso è obbligata la comunione (8), giacchè altrimenti, vale la regola generale ch'essa non risponda quante volte ciò fu fatto colla sola autorizzazione del Tribunale (9): k) i debiti delle credità adite dopo contratto il matrimonio, secondo che si compongano di cose mobili o immobili, o sieno state accettate coll' autorizzazione del marito o senza (10). È qui però da distinguere 1): quando l'eredità è mobile, i debiti gravitano sulla comunione, senza che fosse necessario il consenso del marito per l'eredità spettante alla moglie (11): 2) quando sia immobile, secondo i principii generali i debiti sarebbero a peso della comunione, quante volte l'istesso marito, o la moglie col consenso di lui l' abbia accettata, se non che il Codice accenna solamente al primo caso (12): 3) se l'eredità si componga di mobili e d'immobili la communione risponde (ed è questo pure conseguente) solo quando non fu fatto alcun inventario, sicchè riesca impossibile discernere i mobili, che passarono nella massa, se il marito egli stesso l'abbia accettata, o vi abbia assentito. Ove ciò fosse avvenuto coll' autorizzazione del Tribunale, e non mancasse un inventario, la comunione vi è obbligata per quello soltanto, di cui avvantaggiosi delle cose ereditarie (13). D'altronde il Codice lascia al tutto indeterminata la quistione, fino a qual punto i coniugi durante la comunione sieno tenuti sui propri beni per i debiti di essa: è indubitato però, che possano soffrir reclamo sui propri beni per i debiti legalmente contratti da essi stessi (14); ma per quelli fatti da uno dei coniugi non può esercitarsi l'azione contro l'altro per più della metà di essi (15).

§. 106.

In quali rapporti sono i coniugi colla massa della communione? La risposta è la seguente: il marito dispone dei beni, che la compongono; egli può a suo talento alienarli, obbligarli, ed amministrarli; in caso di morte però non può disporne al di là della metà, nè farlo per donazione tra vivi in frode dei dritti della moglie. Una tale frode è supposta quante volte egli doni non per lo stabilimento dei figli comuni alcuni immobili, o tutti i mobili, o soltanto una parte ideale di questi, o quando egli donando alcuni mobili ne ritenga l' usufrutto a suo vantaggio (16). La moglie senza il consenso del marito o del Tribunale non può nulla fare a danno della comunione, fatte piccole eccezioni (17). Per rendere più prudente il marito è ordinato espressamente, che i creditori possano esercitare la loro azione sui beni propri di lui, quante volte autorizzi la moglie agli affari (18).

§. 107.

b) *Scioglimento della communione.*

I modi, onde si scioglie la communione sono: a) la morte naturale di uno dei coniugi. Prima ammettevasi in molte parti della Francia la così detta *comunio prorogata*, ed era quella che il coniuge superstite continuava coi figli; ma un tal sistema fu a ragio-

(1) Art. 1410.
(2) Art. 1409, n. 3.
(3) Art. 1409. n. 4.
(4) Art. 1409. n. 5.
(5) Art. 1482.
(6) Art. 1409. n. 2. 1420, 1524.
(7) Art. 215—223, 1409. n. 3. 1426.
(8) Art. 1427. L'espressione *ses enfants*, presenta qui non poca difficoltà, giacchè fu voluta estendere anche al figli d'un precedente matrimonio della moglie: a tal proposito gli espositori del Codice opinarono diversamente. Grolman, parte II. p. 525—533.
(9) Art. 1426.
(10) Art. 1411—1417.
(11) Art. 1411.
(12) Art. 1412, 1413.
(13) Art. 1414-1417.
(14) Art. 1412, 1413, 1417, 1419.
(15) Art. 1482. — Brauer, *Comm.* parte III. p. 377-380.
(16) Art. 1421-1424.
(17) Art. 1413, 1426, 1427.
(18) Art. 1419.

ne creduto troppo complicato, ed è perciò, che venne rigettato (1): b) la morte civile: c) il divorzio: d) la *separatio bonorum*, la quale è pure conseguenza della separazione personale: e) se l'*immissio ob absentiam* diventi definitiva (§ 46): f) per volontà speciale della moglie, quando il marito è assente (2), o i beni di lei siano in pericolo per il fatto proprio di questo (3).

In tal caso la separazione potrà eseguirsi soltanto giudiziariamente e non per convenzione, per prevenire qualunque frode; ed il giudizio è operativo solo quando la moglie mostri col fatto di attuarlo. Perchè i terzi ne fossero avvertiti, la separazione dovrà essere fatta publica, ed allora gli effetti dureranno, finchè la communione non venga rimessa (4).

§. 108.

Conseguenze dello scioglimento della comunione.

Le principali conseguenze sono le seguenti: a) perchè la moglie ed anche gli eredi di questa non abbiano a soffrire per il precedente ed assoluto dominio del marito, si permette a lei, nulla ostante qualunque convenzione, di rinunziare alla communione dopo lo scioglimento del matrimonio, quante volte non manchi di fare un inventario, non abbia accettata la communione *espresse o tacite*, o non avesse sottratto cosa alcuna dalla massa (5): b) i debiti personali d'uno dei coniugi sono a suo proprio peso, sia che la communione fosse stata accettata o rifiutata (6): c) la moglie può sempre dimandare per tre mesi e 40 giorni gli alimenti, ed anche gli abiti di lutto (7): d) può sempre pretendersi quello che fu promesso in caso di morte, ma solo quando avvenga al promettente di premorire (8): e) le cose, che non si appartengono alla communione dovranno essere messe da parte a vantaggio di colui, al quale spettano: (9) f) se la moglie accetti la communione, la divisione sarà regolata nel seguente modo: aa) la partizione sarà fatta per ciascun *caput* non altrimenti che si usa nelle divisioni ereditarie: tutto quanto uno dei coniugi furtivamente sottragga dalla massa, cederà per punizione a beneficio dell'altro (10): bb) pria che segua la divisione, potrà ciascuno di essi dimandare la collazione o l'indennizzazione di quello, che l'altro dovrà alla communione.

Le cose che dovranno essere apportate alla massa saranno tutte quelle, che il marito illegalmente avrà distratte dai beni della moglie confondendole colla communione, o delle quali sarà debitore per sua colpa (11): o pure quelle che furono sottratte alla communione, ed usate a vantaggio particolare d'uno dei coniugi (12): tutto quanto fu confuso nella massa proveniente dagl' immobili alienati, e non appartenenti alla comunione (13) quello che la moglie avesse pagato per un debito della communione (14), o che uno dei coningi abbia pagato per la communione al di là della parte, alla quale era tenuto (15). A tutto questo sarà obbligato il marito *ex propriis*, la moglie per la sola parte della communione, quante volte non avesse contrattata in *re propria* (16): il marito potrà dimandare di essere fatto indenne della garentia, alla quale obbligossi per gl' immobili venduti dalla moglie e non appartenenti alla communione (17). Per tutte queste indennizzazioni cominciano gl' interessi sin dal giorno dello scioglimento della communione (18) g). Quando la moglie rinunzii alla communione, essa perde i suoi dritti alla parte *activa* di questa, può però ritenere le cose, che servino per uso proprio, e naturalmente riprendere tutto quanto non appartiene alla communione, e quello che fu tratto dalla vendita dei proprii beni, ed aggiunto alla communione, e in fine tutto quanto spetta a lei nella divisione come *praecipuum* ed indennizzazione. Non è tenuta ai pesi, se non obbligossi personalmente: ove ciò fosse il creditore potrà esercitare la sua azione contro lei, ma essa dovrà esser fatta indenne della metà dal marito (19).

§. 109.

Regole relative ai beni della moglie, che

(1) Art. 1442.
(2) Art. 129.
(3) Art. 125.
(4) Art. 1443.
(5) Art. 1443-1448, 1451.
(6) Art. 1453-1464, 1475.
(7) Art. 1484, 1486, 1494.
(8) Art. 1465, 1481.
(9) Art. 1452.
(10) Art. 1470. I. 1493. I.
(11) Art. 1474, 1476, 1477.
(12) Art. 1403, 1450.
(13) Art. 1403, 1406-1409, 1412. 1415, 1416, 1419, 1424, 1432, 1437, 1469.
(14) Art. 1433, 1436.
(15) Art. 1484, 1486, 1489.
(16) Art. 1484, 1486, 1489.
(17) Art. 1432.
(18) Art. 1473.
(19) Art. 1492-1495.

non cadono in communione. Questi possonsi dire *res dotales*, mentre i frutti degli immobili della moglie, perchè *res mobiles*, cadono in communione: il marito ne è l'amministratore, e non può alienarli, se non quando la moglie vi acconsenta (1).

A tal proposito si presenta la difficile quistione, se quello che il Codice determinatamente ordina sulla dote del regime dotale, sia applicabile anche a questi beni, giacchè espressamente non è detto nel Codice, come in altri casi fu fatto secondo il §. 101, che alcuni principii debbano valere per entrambe le specie della dote. È certo però, che tutti i *fructus percepti* sulla dote *du regime en communauté* restano al marito, per quanto lunga fosse stata la durata del matrimonio (2). Degli altri principii espressi nel § 101 relativi solamente per il *regime dotal*, è da osservare:

a) L'imprescrittibilità della dote Romana vale anche per una tal ragione di dote, giacchè la moglie non può reclamare senza la autorizzazione del marito, sicchè è applicabile a suo vantaggio il principio: *agere non valenti non currit praescriptio*.

b) Il principio del Codice, conforme alla dottrina Romana, che dopo 10 anni si presume fatto al marito il pagamento della dote, si fonda su ragioni generali, e particolarmente sulla grande probabilità dell'eseguito pagamento, e deve essere ammesso anche qui.

c) Non può indubitatamente pretendersi la cauzione dal marito anche per questa seconda dote, perchè il Codice istesso non l'à ordinata, certo per la fiducia, che deesi avere in lui.

d) Questa dote potrà essere pure alienata col consenso del Tribunale in quei casi di necessità, che sono ammessi per dritto Romano, ed ai quali il Codice non appone l'imprescrittibilità delle dote (3).

§. 110.

1) *Communio conventionalis*. È questa liberamente permessa ai coniugi, purchè non violi i doveri matrimoniali ed i buoni costumi, o non torni a danno dei figli d'un primo matrimonio contro quello che è ordinato per legge: possono però i coniugi conservarsi le rendite, o i beni, che potranno posteriormente acquistare (4). I principii della *comunio legalis* sono in general applicabili anche alla *conventionalis* purchè non siano modificati da patti espressi (5).

§. 111.

Il Codice accenna quei soli patti (6) ch'erano di dritto consuetudinario in Francia. Tutto quello che vi è detto, è sommamente chiaro, ma questa materia è trattata sol di passaggio; ed e perciò che i commentatori versarono a tal proposito in grandi difficoltà. I patti, che vi si riferiscono, sono i seguenti:

A. Il patto, che sarà comune solo quello, che potranno acquistare posteriormente, o sia quello che si procacceranno per risparmio o per lavoro, il che nel dubbio si presume di tutto i mobili (7). I debiti di entrambi i coniugi non saranno in tal caso a peso della communione.

B. Il patto, che esclude tutti o una parte dei mobili (8). Sul primo patto il Codice non aggiunge altri particolari: l'ultimo à per conseguenza, che tutto quello che potrà pruovarsi essere maggiore della parte promessa, debba essere restituito; il rimanente dovrà essere spartito (9).

C. Il patto, che gl'immobili, come i mobili dovranno appartenere alla communione. Qui sono possibili due casi: a) che nel contratto sia espresso che le cose dovessero interamente come *genus* o *species* cadere in communione, in tal caso si apparterranno a questa, ed il marito potrà disporne a suo talento non altrimenti che dei mobili: b). Quando è detto che l'immobile dovrà appartenere alla communione solamente fino ad una determinata somma o pure quando si promettano in generale degl'immobili fino ad una certa somma, il marito non potrà alienarli senza che vi assentisse la moglie: potrà però ipotecarli fino alla detta somma (10).

D. Il patto, che i debiti personali dovessero rimanere distinti. Un tal patto che si estenda ai soli debiti precedenti, à piena forza fra i coniugi, ma contro i terzi solo quando un inventario dimostri quello che ciascun coniuge particolarmente apportò; ove si fosse a ciò adempiuto, i debiti personali potranno essere pagati solamente sulla parte

(1) Art. 1401. n. 2.
(2) Art. 1428-1430.
(3) Art. 1401. n. 2.
(4) Art. 1555, 1558.
(5) Art. 1098, 1496, 1527.
(6) Art. 1528.
(7) Art. 1497-1537 — Zachariä, parte III. p. 256-297.
(8) Art. 1598-1499.
(9) Art. 1500.
(10) Art. 1501-1504.

di ciascuno; in caso contrario saranno soddisfatti dalla massa della communione (1). Quando si prometta una certa somma, o singole cose, l'azione sarà esercitata soltanto sopra queste, dovendosi sempre però fare indenne l'altro coniuge (2). A tal proposito è osservato di passaggio, che le persone, che nel contratto di matrimonio assicurino, che uno dei coningi sia esente da debiti, rispondono per questo personalmente (3).

E. Il patto permesso soltanto alla moglie, che la sua parte sarà tratta dalla communione esente dai debiti. Un tal patto, che come *exorbitans* deesi intendere il più che possibile limitatamente, dev' essere nondimeno eseguito; ma per contrario la moglie è obbligata rilasciare quello che si sarà pagato dalla massa per i debiti personali di lei (4).

F. Quello, che il coniuge superstite potrà prendere nella divisione un *praecipuum* sugli *activis*. Una tale convenzione non à alcun effetto sul dritto dei terzi contro la communione, infinisce fra i coniugi, quante volte trattasi di dividere le cose della communione, ma nel solo caso della morte naturale o civile, sicchè in uno scioglimento del matrimonio la divisione avverrebbe provvisoriamente secondo i principii generali della *communio legalis* (5).

G. Patti relativi alla divisione: Di questi ne indica il Codice tre: a) quello di parti ineguali; ciò è permesso: la parte però degli *activorum* dovrà pareggiare i *passivis*, giacchè altrimenti la moglie o sarebbe vittima dell'assoluto dispotismo del marito, o potrebbe essere favorita da lui contro i principii delle donazioni (6): b) abbandono di tutta la communione ad uno dei coningi per il pagamento d'una somma. Quando il marito prenderà l'intera massa, egli solo rimarrà obbligato verso i creditori: nel caso contrario la moglie potrà rinunziare o accettare, nel quale ultimo caso essa sarà obbligata verso i creditori, ma non è detto, se il marito ne sia al tutto affrancato (7). c) la convenzione, che dovesse rimanere al coninge superstite tutta la massa della communione, fatta eccezione di quello, che fosse stato apportato dall' altro coninge: una tale convenzione dovrebbe essere più chiaramente determinata (8).

H. Communione generale di tutti i beni presenti, o futuri (9). È dispiacevole, che la convenzione, che fra tutte le qui indicate presenta maggiori difficoltà, cioè la *communio omnium bonorum* sia regolata con poche parole.

§. 112.

3) Non vi è alcuna communione fra i coniugi, quante volte nel contratto di matrimonio fu indeterminatamente convenuto, che nessuna communione vi dovesse essere. In tal caso i beni tutti della moglie secondo i principii indicati nel §. 109 costituiscono una dote secondo il regime della communione (10). Questa manca, quando fu convenuto che i beni della moglie dovessero rimanere distinti. In tal caso essa à il godimento e l' amministrazione dei suoi beni, rilasciando il terzo delle rendite per i pesi del matrimonio: non può però alienare gl' immobili senza uno speciale consenso del marito, o in caso di necessità senza l' autorizzazione del Tribunale (11). La communione cessa pure per contratto posteriore in caso di separazione personale, o quando si domandi la *separatio bonorum* per cattiva amministrazione del marito, o che i beni della moglie siano in pericolo per colpa di lui (12).

SEZIONE II.

SULLA LEGITTIMAZIONE (a).

§. 113.

Questo modo di acquistare la patria potestà è determinato d' un modo speciale nel

(1) Art. 1510.
(2) Art. 1511.
(3) Art. 1513.
(4) Art. 1514.
(5) Art. 1515-1519.
(6) Art. 1521.
(7) Art. 1522-1524.
(8) Art. 1525.
(9) Art. 1526.
(10) Art. 1530-1535.
(11) Art. 1536-1539.
(12) Art. 311, 1443-1452.

(a) Il matrimonio è l'origine immediata e naturale della patria potestà — Per contrario l'adozione difettosa dell' elemento naturale ed immediato è una specie di procreazione per forza di parole e di formalità. — Ma quando una tale origine mediata della patria potestà cade sopra un individuo, con cui si è già in un rapporto naturale, ma puramente naturale, produce che un tale elemento prenda un carattere di moralità; si à cioè la legittimazione. In questa il momento morale non si accompagna come nel matrimonio originariamente col naturale, ma tien dietro ad esso, come un atto posteriore, come una seconda parte. Nel più antico dritto Romano, quando il matrimonio era difettoso per errore, quando un Romano credendo sposare una Romana si congiungeva con una Latina o pure una Roma-

Codice (1) come segue: 1) permettesi la sola legittimazione per matrimonio, e non quella per *rescriptum*. La ragione non è in alcun modo soddisfacente, ossia che il Codice non riconosca alcuna macchia di nascita illegittima: ciò pure faceva il dritto Romano, e nondimeno ammetteva come una istituzione dalla quale originavasi la patria potestà la *legitimatio plena per rescriptum principis* (a). 2) Per avversione contro l'incesto e l'adulterio, e per una strana confusione delle idee erronee di molti Romanisti, che la legittimazione dipenda dalla possibilità della finzione, fu rigettata illimitatamente la legittimazione degli *adulterinorum et incestuosorum* (2). In generale sarebbe ciò giustificabile non potendo i genitori contrarre matrimonio (3): ma sarebbero pure possibili le dispense (4), sicchè per una certa equità molti espositori opinarono anche per la legittimazione degli *incestuosorum*. 3) Entrambi i genitori debbono aver riconosciuto il fanciullo o prima o al momento del contratto di matrimonio, giacchè nella durata di questo cessa per la moglie la libertà di farlo (5). 4) Il Codice non richiede, che vi debbano assentire anche i figli; questa disposizione fu occasionata da una falsa intelligenza del dritto Canonico. 5) L'antica quistione, se il figlio d'un figlio illegittimo, quando quest'ultimo sia morto, possa essere legittimato dall'avo, è ragionevolmente decisa per l'affermativa (6).

SEZIONE III.

DELL' ADOZIONE E DELLA TUTELLE OFFICIEUSE.

§. 114.

Nel Codice la dottrina dell'adozione è trattata in un modo molto strano, giacchè la lascia sussistere, ma senza patria potestà, ed introduce come un supplemento all'adozione una *tutelle officieuse*, la quale perchè produce l'autorità di educare si assimiglia molto più alla vera ed antica anzichè la novella adozione statuita nel Codice. Prima della rivoluzione non conoscevasi in alcun modo l'adozione: fu ammessa per la prima volta con una legge del 18 Gennaro 1792, ma nulla di più preciso fu determinato sulle condizioni di essa: a ciò fu adempiuto col Codice, i cui Autori non stabilirono su questa alcun principio semplice. L'idea fondamentale del Codice si è, che l'adozione non produce alcuna patria potestà, ma un semplice rapporto relativo ai dritti creditarii, e l'obbligazione degli alimenti (7). Fu trattata, non altrimenti che feccro i Romani della loro *arrogatio*, come una istituzione appena tollerata: fu vincolata da condizioni difficili, e benchè non vi si originasse alcun vincolo di famiglia, produce anche fra i collaterali impedimenti di matrimonio. Vi si richiedono grandi pruove di amore anche per *il* passato, e particolarmente, che l'*adoptandus* ne avesse ricevute delle cure come minore di 6 anni, o che avesse salvato l'adottante dal pericolo di morte. Perchè una tale condizione delle cure protratte per 6 anni fosse possibile, fu introdotta la *tutel-*

na con un Latino, si provvedeva ad un tal difetto mediante l'*erroris causae probatio*, e con ciò si acquistava la patria potestà, ma come susseguente. Il rimedio però della *erroris causae probatio* suppone sempre un errore e non deesi quindi confondere colla legittimazione del dritto posteriore. Questa non poggia sopra un errore, ma sulla coscienza della condizione preesistente e reale delle cose, e suo scopo principale si è di conseguire la patria potestà. Gans, *Il dritto di successione nella storia Romana*. Trad. Ital. p. 243.

(1) Art. 333.

(a) *Novella* LXXX. t. I. c. IX.

« *Illud tamen a nobis sancitum est, ut si quis voluerit legitimam suam facere sobolem, et non habuerit uxorem talium filiorum matrem, aut filios quidem valde diligat, mulier autem non sine peccato sit apud eum, neque digna sit quolibet legitimo nomine, et propterea aut moriente muliere, aut legitimo jure non digna in matrimonio putanda, aut causa a filiis maligne tractata, aut ex studio muliere celata, aut a filiis, aut forte aliter ei divitiis accedentibus, ne jure legitimorum usum pater et fructum defuncta matre tamquam sub potestate illius constitutis habeat. Si quis ergo filios legitimos non habens, sed tantummodo naturales, ipsos quidem legitimos facere voluerit, mulierem vero in promptu non habeat omnino, aut habeat quidem, non tamen sine peccato, aut si non appareat, aut aliter dotalium instrumentorum non habeat facultatem, damus ei fiduciam ad legitimum jus filios educere naturales, legitimis non existentibus, per quandam hujusmodi viam* ».

(2) Art. 331.

(3) Art. 161-163, 298.

(4) Art. 164. — Zachariä, parte III. p. 358.

(5) Art. 331. — Locré, p. 160-164.

(6) Art. 332.

(7) Locré, t. IV. p. 245-273. Maleville, *Analyse*, t. IV. p. 338-345.

le officieuse, la quale nc è molto più importante, giacchè produce la facoltà di educazione, e la vita comune di famiglia. A questa tutela furono imposte forme facili, nè si origina da essa alcuno impedimento di matrimonio, come osserveremo in seguito.

§. 115.

I. *Adozione.*

1) L'adozione può farsi con una dichiarazione fra vivi o per testamento: in questo ultimo caso basta la forma del testamento; nel primo sono necessarie delle indagini davanti al giudice dell'adottante, ed anche vi debbono acconsentire i genitori dell'*adoptandus*, che non abbia ancora 25 anni, ed infine ne sarà fatto notamento negli atti dello stato civile (1).

2) Gli uomini e le donne possono adottare (a), ma nessuno dei conjugi senza che l'altro vi assentisse (2), fatta eccezione dell'adozione testamentaria:

3) L'adottante dovrà essere maggiore di 50 anni, e non avere discendenti legittimi, ma basta che avesse 21 anni, quante volte adotti per gratitudine d'avere avuta salva la vita (3). Quando alcuno voglia prepararo l'adozione mediante la *tutelle officieuse*, dovrà essere di 56 anni, o per l'adozione testamentaria di 55, giacchè per una tale tutela richiedonsi già 50 anni, e per l'adozione testamentaria vi abbisognano le cure protratte per 5 anni, in qualunque altro per 6 (4).

4) L'*adoptandus* dovrà essere più giovine dell'adottante almeno di 15 anni, ma nell'adozione per gratitudine basta che fosse più giovine.

5) L'*adoptandus* dovrà avere 21 anni, perchè in questa età non può più cadere sotto la patria potestà: ma una tale condizione non è necessaria nell'adozione testamentaria (5).

6) Si può adottare ogni generazione di figli, ed anche i naturali, sia che fossero o non fossero riconosciuti, giacchè la legge non lo vieta, ma non possonsi adottare i figli adottivi d'un altro, purchè questi non fosse il coniuge dell'adottante (6).

7) Gli effetti dell'adozione sono: A. l'*adoptatus* deve aggiungere al proprio il nome dell'adottante (7). B. Egli rimane nella sua famiglia naturale, conservando la piena libertà. È pure l'adozione d'impedimento al matrimonio, sebbene il divieto non estendesi fino ai figli illegittimi dell'adottante e dell'adottato, giacchè il Codice non manca d'indicare questi particolarmente, quante volte accenna anche ad essi (8). C. Entrambe le parti debbonsi scambievolmente gli alimenti (9). L'adottato eredita dall'adottante al pari d'un figlio (10): ma per contrario l'adottante ed i suoi parenti non ànno alcun dritto di ereditare dall'adottato. Le sole cose donate dall'adottante, quante volte trovansi ancora nella massa ereditaria, potranno essere reclamate, purchè l'adottato non lasci discendenti: ma un tal dritto di reclamare spetta al solo adottante ed ai discendenti di lui (11). Morendo i discendenti dell'adottato, l'adottante avrà sempre il reclamo di restituzione.

§. 116.

II. *Tutelle officieuse.*

Questa consiste nella cura e nella educazione date ad un fanciullo altrui, ed è nel fondo una *tutela pactitia*, molto più impor-

(1) Art. 346, 353, 360.

(a) Per dritto Romano l'adozione consideravasi da una parte come un mezzo, onde finiva la patria potestà, e dall'altra come il modo, onde acquistavasi dall'adottante: e perchè le donne non avevano patria potestà, era conseguente, che si negasse loro la facoltà di adottare: le seguenti eccezioni fanno pruova della esistenza d'una tale regola:

L. 29. §. 3. *D. de inoff. test.* (v. 2.). (Ulpianus).

« *Quoniam foemina nullum adoptare filium sine jussu principis potest; nec de inofficioso testamento ejus, quam quis sibi matrem adoptivam, falso esse aestimabat, agere potest* ».

L. 5. *C. h. t.* (VIII. 48) (Diocl. et Maxim.)

« *Mulierem quidem, quae nec suos filios habet in potestate, arrogare non posse certum est. Verum quoniam in solatium amissorum tuorum filiorum, privignum tuum cupis vicem legitimae sobolis obtinere: annuimus votis tuis secundum ea, quae annotavimus, et eum perinde atque ex te progenitum, ad vicem naturalis legitimique filii habere permittimus* ».

(2) Art. 343-345.

(3) Art. 345.

(4) Art. 345, 346, 361.

(5) Art. 346, 366.

(6) Art. 344. Locré, T. IV. p. 304-316 — Lassaulx, II. p. 237-241. — Proudhon, T. II. p. 139, — Zachariä, parte III. p. 318.

(7) Art. 347.

(8) Brauer, *Comm.* parte I. p. 261, 262.

(9) Art. 349.

(10) Art. 350.

(11) Art. 351, 352.

tante dell'altra adozione, giacchè in essa predomina l'elemento morale.

1) Perchè si potesse contrarre un simigliante rapporto è necessario, che il padre e la madre, il consiglio di famiglia, o l'amministratore dell'ospizio vi assentissero (1). Colui che contrae una simigliante obbligazione dovrà essere maggiore di 50 anni, ed il fanciullo minore dei 15, perchè potesse nella minore età ricevere tutte le cure che sono proprie d'una tale adozione (2). Non può a ciò obbligarsi alcun coniuge senza il consenso dell'altro, come niuno che abbia figli legittimi (3). D. Per la formalità è bastante una dichiarazione davanti al giudice di pace del domicilio del fanciullo, senza che questi debba assentirvi (4).

2) Le conseguenze sono: che un tale tutore à i dritti ed i doveri di qualunque altro tutore, l'obbligazione di nutrire il fanciullo fino alla maggiore età, e di renderlo capace di procacciarsi il proprio sostentamento. Quando a ciò non adempia, dovrà o fare indenne il fanciullo, o adottarlo (5). Quest' obbligo di adozione non si trasmette agli eredi del tutore, ma in ogni caso sono essi però tenuti agli alimenti ed all'indennizzazione (6). Un tale tutore non à l'usufrutto, che è dato ai genitori, giacchè un tal dritto non trovasi a lui riconosciuto in alcun luogo.

§. 117.

Fine della patria potestà.

Tutto quanto sarebbe a dire a tal proposito deve essere posposto fino a quando avremo trattata la dottrina della tutela (§. 142), giacchè si connette colla difficile quistione, quali parti della patria potestà dovranno essere considerate nelle differenti condizioni come una semplice tutela?

(1) Art. 361.
(2) Art. 361, 364.
(3) Art. 361, 362.
(4) Art. 363.
(5) Art. 364, 365, 369, 370.
(6) Art. 1122, Proudhon, t. II. p. 148.

PARTE SECONDA

SULLA TUTELA (a).

INTRODUZIONE

§. 118.

In generale può qui osservarsi quanto segue (1): I) Il Codice ammette tutte le tutele Romane, con due differenze principali, ossia ch' esso confonde la *tutela impuberum* e la *cura minorum (tutelle des mineurs)*, e non riconosce i *tutores honorarios* nominati nei testamenti o *notitiae causa datos*: e la ragione si è (2), che in tutte le più importanti specie di tutela ogni tutore amministratore dee essere assistito da un *subrogé tuteur*. Il Codice ammette pure alcune speciali tutele: 1) tutore dei minori emancipati (*curateur*) (3): 2) quello dato ai morti civilmente per un processo (*curateur spécial*) (4): 3) a quelli, di cui richiedesi l'interdizione per demenza *(administrateur provisoir)*: 4) tutore dei figli naturali per assentire al matrimonio di essi *(tutor ad hoc)* (5): 5) il consulente nominato dal marito alla moglie *(conseil)* (6): 6) Tutori per la sicurezza dei fedecommessi e delle ipoteche *(tuteur, curateur)* (7).

§. 119.

II. Anche secondo il Codice possonsi distinguere rispettivamente alla loro attività differenti specie di tutori, ma non tali, quali erano presso i Romani.

1) Il Codice non permette che il testatore possa nominare un *tutor honorarius*, fatta eccezione del solo caso della sua morte, e che sopravviva la madre che è assistita da un tutore, giacchè come osservammo nel §. 118 ad ogni tutore amministratore è associato un tutore surrogato (8).

2) I Romani in ogni specie di tutela ammettevano dei *tutores coadministrantes*, sebbene non soffrivano di buon grado una tale concorrenza, e riconoscevano pure le tutele speciali per i beni particolari (9). Questa seconda regola è ammessa anche dal Codice (10), il quale però non riconosce i *tutores coadministrantes*, fatta eccezione del caso dell'art. 396. La tutela legittima è perciò rigorosamente ordinata nel seguente modo: che non vi possa essere che un solo tutore (11), ed anche nella *tutela testamentaria e dativa* è sempre e soltanto parola d'uno *tutor*: così pure l'art. 454 dee essere inteso secondo questo saggio principio di unità, che tende a prevenire qualunque confusione. Molti nondimeno opinano, che il padre possa eleggere un tutore per l'educazione dei figli, ed un altro per l'amministrazione dei beni (12).

§. 120.

III. Il Codice à pure ammesse le così dette *excusationes necessarias*; modificandole a proprio modo. Per considerazione dell'onore del-

(a) Quelli, che allo scioglimento della famiglia divengono altrettante indipendenti individualità, sebbene abbiano la capacità di dritto, possono trovarsi nella condizione di non essere al caso di esercitare la propria indipendenza, e di abbisognare di chi li rappresenti nell'esercizio di essa *(tutela)*. La tutela è dunque il complemento della indipendenza personale, e provvede esternamente a quanto manca internamente.

L. I. D. *de tut.* (XXVI. I.) (Paulus).

« *Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem suam se defendere nequit, jure civili data ac permissa* » §. I. « *Tutores autem sunt, qui eam vim ac potestatem habent, exque re ipsa nomen cesserunt, itaque appellantur tutores, quasi tutores, atque defensores: sicut aediles dicuntur, qui aedes tuentur* ».

(1) Zacharià, parte I. p. 54, 55.

(2) Art. 420-426, 505.

(3) Art. 480, 482.

(4) Art. 25, 28.

(5) Art. 195.

(6) Art. 391.

(7) Art. 1055, 1056, 2174.

(8) Art. 391.

(9) Thibaut, *Pand.* §. 408, 414.

(10) Art. 417.

(11) Art. 390, 403, 404.

(12) Art. 397, 399, 401, 405 – Braun, *Comm* parte I. p. 283.

(13) Zacharia, parte I. p. 204.

le persone, esso distingue simiglianti *excusationes* in due classi:

1) *Incapacité:* quando il motivo di esclusione non è in alcun modo disonorevole: ne sono perciò esclusi: a) *minores*, fatta eccezione del padre e della madre (1): b) coloro tutti, che per demenza sieno interdetti (2): c) Le donne, ma colle seguenti eccezioni: la madre è tutrice per legge, e tutte le ascendenti possono esercitare una *tutela dativa* e *testamentaria*, ed anche le mogli possono essere tutrici dei loro mariti dementi (3). Le donne sono capaci della *tutelle officieuse* (§. 116.) al pari degli uomini (4). d) Coloro tutti che abbiano contro il minore o i genitori di lui una lite importante (5). e) Un tutore non potrà avere per tutore surrogato una persona, che gli sia parente nella stessa linea (6).

2) *Esclusione e destituzione*, ossia rimozioni dalla tutela per cagioni disonorevoli. Ne sono esclusi: a) coloro tutti, che furono condannati a pene corporali, all'infamia, ed alla morte civile (7): b) le persone, la cui vita è pubblicamente conosciuta per disonesta, anche quelli che come amministratori dettero pruove d'incapacità e di poca lealtà: c) quelli dichiarati giudiziariamente prodighi, o che avessero fatto bancherotta per imprudenza (8): d) la madre tutrice, che manchi di fare avvertito il consiglio di famiglia del suo novello matrimonio (9). Debbonsi avere come rigettate sia tacitamente o espressamente tutte le altre *excusationes necessariae* Romane (10), o pure vogliensi considerare come volontarie (11). Non deesi in questo novero indicare l'inimicizia mortale giacchè nel Codice non ne è parola (12), purchè non s'intenda compresa nel caso d'una lite.

SEZIONE I.

SULLA ORIGINE DELLE TUTELE.

§. 121.

Il Codice ammette, come l'antico dritto, il principio, che lo stato debba provvedere alla tutela. I tutori non sono indipendenti nell'amministrazione, ma soggetti nei casi più importanti al giudizio dei tribunali, ed in quelli ordinarii alle determinazioni del consiglio di famiglia (13), che fu creduto utile a meglio conservare l'unità di famiglia, e per volgere a vantaggio del minore l'antagonismo dei parenti.

Questo tanto pericoloso consiglio di famiglia dovrà essere ordinato nel seguente modo: 1) È convocato dal giudice di circondario, ed è composto dai parenti e dai cognati del minore, che abitano nel medesimo Comune o non più lontano di 4 miglia; e quando questi non formino il numero necessario saranno chiamati quelli che sienoa maggiore distanza, ed anche gli amici dei genitori del minore, che abitano nel Comune. Per volgere a profitto del minore l'antagonismo di famiglia i parenti dovranno essere scelti metà dalla linea paterna, metà dalla materna.

Il loro numero non dovrà essere maggiore di sei, fatta eccezione del caso, in cui vi sieno fratelli germani.

2) I membri del consiglio di famiglia chiamati vi dovranno convenire sotto pena d'una ammenda, purchè non abbiano una *scusa legittima*, o non vi si lascino rappresentare da un altro (14). Chiunque è incapace di essere tutore, lo è pure d'intervenire nel consiglio di famiglia (15).

3) Le determinazioni e le decisioni del consiglio avvengono coll'intervento del giudice di circondario (16), il quale dovrà dare anche il suo voto, che è decisivo, quando vi sia eguaglianza di voti (17). È necessario l'intervento di tre quarte parti dei membri chiamati (18), e fa meraviglia, che non sinsi fatta attenzione, che quando il consiglio di famiglia si compone di sei membri, nella divisione a quarte parti uno di essi dovrebbe essere spartito, o pure calcolato per intero (19).

4) Le determinazioni del consiglio di famiglia possono essere annullate dal Tribunale (20), ma i membri di esso non sono personalmente risponsabili dei loro errori, e fu

(1) Art. 442.
(2) Art. 442.
(3) Art. 390, 442, 507.
(4) Art. 344, 362.
(5) Art. 442. n. 4.
(6) Art. 423 — È da vedere Locré, T. V. pag. 115.
(7) Art. 25, 443.
(8) Art. 444.
(9) Art. 395.
(10) Art. 451, 507.
(11) Art. 434, 451, 452.
(12) Locré, p. 162.
(13) Art. 458, 467.
(14) Art. 411-414.
(15) Art. 442-445.
(16) Altre cose su questo proposito contengonsi nel Codice di Proc. art. 882-889.
(17) Art. 416.
(18) Art. 416.
(19) Brauer, parte I. p.299,300—Lassaulx, II. p. 334, 335.
(20) Cod. di Proc. 883-885.

questo il pensiero dei legislatori Francesi (1). Molti commentatori nondimeno opinarono, che si dovesse fare eccezione nel caso del *dolus* e della *culpa lata* (2).

S. 122.

1. *Modi, onde si origina la tutela dei minori.* Il Codice non ripete l'antica distinzione della *tutela impuberum* e della *cura minorum*, ma sottomette tutti i minori alle medesime regole (3). Questa tutela dei minori distinguesi relativamente alla sua origine nelle seguenti specie:

1) *Tutela dei genitori.* Il Codice (4) la distinta la tutela dei genitori da quella *legitima* degli altri ascendenti, giacchè questa può essere esclusa per testamento, non così la prima (5): si può pure dare alla moglie tutrice un *conseil*, ed essa può rifiutare la tutela, della quale addiviene al tutto incapace, quante volte tenga occulto il suo secondo matrimonio (6).

Una grande difficoltà per la tutela dei genitori proviene dalla quistione, in quali casi i loro dritti sui minori formino parte della patria potestà, o pure siano una semplice tutela? Nell'uno e nell'altro caso i risultati sono diversi, giacchè i genitori non possono esserne rimossi, non abbisognano del tutore surrogato, nè d'un consiglio di famiglia, mentre appunto il contrario è ordinato per gli altri tutori. A meglio risolvere una tale quistione, fa mestieri distinguere: A. L'usufrutto dei genitori sui beni dei figli (S. 70) è considerato soltanto come un effetto della patria potestà (7), e non è quindi un dritto, che spetti alla tutela. B. Il medesimo deesi dire del dritto di educazione, che si appartiene a' genitori (8). Molti però opinano, che il dritto della educazione sia un ufficio della patria potestà durante il matrimonio, e poi una semplice tutela, e si riportano anche alla legge secondo l'art. 390 (9): ma questo articolo conferito coll' art. 389 è riferibile all'amministrazione dei beni, come deesi intendere anche l'art. 372. C. Il dritto di amministrare i beni dei figli, e di disporne limitatamente, che è ben altra cosa dell' usufrutto spettante ai genitori, è alcune volte una patria potestà, altre volte una semplice tutela: sicchè a tal proposito si differenziarono moltissimo le opinioni degl' interpetri (10).

Alcuni affermano (11), che finchè duri il matrimonio il dritto di amministrazione debba considerarsi come una patria potestà, ma che allo scioglimento di questo si converta in una semplice tutela: altri per contrario opinano (12), che non sia in tutti i tempi più che una tutela. La prima opinione però è sostenuta non solamente dalla più antica pratica, dalle osservazioni del Tribunato all'art. 389, e dal discorso di Berlier su questo articolo, ma anche dal Codice istesso: giacchè durante il matrimonio il dritto di amministrazione non è detto tutela, ma amministrazione paterna, la quale prende il nome di *tutelle* solo quando il matrimonio si scioglie per morte (13); il che riesce molto facile a spiegare, giacchè i genitori dopo sciolto il matrimonio liberi dall'assistenza dell'altro conjuge addivengono di leggieri fraudolenti verso i loro figli, o almeno facilmente si distraggono dalle cure dell'amministrazione per il pensiero d' un novello matrimonio.

Nondimeno rimangono sempre qui le seguenti difficoltà.

a) Nel Codice (14) è parola del solo caso dello scioglimento del matrimonio per morte: qual regola dovrà seguirsi, quando ciò avvenga per divorzio? Il Codice (S. 32) non dice, che con ciò si muti la patria potestà sulla educazione dei figli; il medesimo deesi pure affermare dei beni: appartengono questi ai figli: il divorzio come in altre occasioni è pareggiato alla morte, ed i beni passano sotto la tutela di colui, che avrà a provvedere alla educazione (15): la legge non accorda qui alcuna *tutela legitima sui beni*, dovrà dunque ritenersi come *dativa*, ed è ben ragionevole che il consiglio di fa-

(1) Locré, p. 93. m. Zachariä, parte I. pag. 204-219.

(2) Locré, p. 228— Proudhon, T. II. p. 164. Anche più altro và Brauer, *Comm.* parte VI, n. 287, giacchè egli fa assolutamente risponsabile d' ogni imprudenza ogni singolo membro ».

(3) Art. 388, 476.

(4) Art. 389-396.

(5) Art. 402.

(6) Art. 391-396.

(7) Art. 384-387.

(8) Art. 372-383 — Locré, T. V. p. 14-27 — Proudhon, T. II. p. 170, 171. — Lassaulx, parte II. p. 196-198, 294-296.

(9) Delvincourt, *Instit.* T. I. p. 210, 211. — Riffé, *Pand. Franc.*, T. IV. p.78-80.—Brauer, *Comm.* parte I. p. 282.

(10) Zachariä, parte I. p. 220.

(11) Locré, l. c. — Delvincourt ibid.

(12) Lassaulx, parte II. p. 213.

(13) Art. 390.

(14) Art. 389, 390.

(15) Grolmau, parte III. p. 409-413.

miglia scelga colui, al quale sieno affidate le cure dell'amministrazione.

Quale opinione dovrà seguirsi per i figli naturali e riconosciuti? è anche qui applicabile per le medesime ragioni quello stesso, che abbiam detto dei figli legittimi. Quando un conjuge addivenga incapace durante il matrimonio, i suoi dritti saranno esercitati dall'altro in quel modo che a lui stesso si appartengono (1), purchè un tal dritto non gli venga limitato dalla legge in alcuni casi speciali (2).

b) Quando il dritto di amministrazione del padre è una *patria potestas*, egli potrà provvedere a tutti i bisogni dell'amministrazione (3), e risponde sì della proprietà, come dei frutti, che non spettano a lui (4). Nessuna legge gli permette disporre di quella; quando ciò gli vien permesso, non sono ordinate per lui solennità speciali, giacchè l'articolo 457 facendo menzione anche della madre, alla quale non è mai riconosciuta la patria potestà sopra i beni accenna al caso, in cui i genitori siano *tutores* (5).

Il padre terrà in simiglianti occasioni vie sicure, quando egli dimandi l'autorizzazione del Tribunale, tutte le volte che sia anche necessaria per i tutori: l'alienazione dei beni mobili è sempre considerata come un fatto di semplice amministrazione (§. 123).

§. 123.

2) *Tutela testamentaria*. È questa ordinata semplicemente nel seguente modo: A. Il dritto di nominare un *tutor testamentarius*, non si appartiene a tutti gli ascendenti, ma al solo *parens* superstite (6). B. La nomina può essere fatta per testamento, o davanti al giudice di circondario (7). C. la madre, che perdè la tutela a causa di un novello matrimonio, non può nominare alcun tutore, ed ove fosse rimasta tutrice, il tutore indicato da lei dovrà essere confermato dal consiglio di famiglia (8). Non ammettonsi in altri casi *tutores confirmandi*; nè anche per i genitori naturali, giacchè la legge tace su questo proposito. D. Non possonsi nominare molti tutori per un solo minore, purchè questi non possegga beni nelle colonie (9).

Del resto è dispiacevole, che qui molte cose rimasero indeterminate, e particolarmente la quistione, se i tutori testamentarii potessero essere nominati condizionatamente *in diem* o *ex die* (10). Per l'affermativa è decisiva la considerazione, che il Codice non pone alcuna limitazione ai genitori. Quando gl'indicati tutori sieno incapaci al momento, che è data loro la tutela, ed addivengano posteriormente capaci, dovranno essi esservi ammessi? I Romani tengono per l'affermativa per predilezione verso una tale tutela (11); ma quando si volesse essere rigorosamente conseguente la negativa non può essere dubbia (12). Se i genitori abbiano essi stessi una tale incapacità da esserne esclusi dal consiglio di famiglia, potranno nominare un tutore? Il Codice non risolve per la negativa una tale quistione, perciò alcuni opinarono per l'affermativa; ma devesi indubitatamente ammettere la negativa per tutte le ragioni, e per analogia dell'espresso principio, che la madre che diviene incapace della tutela, non conserva la capacità di nominare un tutore.

§. 124.

3) Per una giusta diffidenza dei collaterali il Codice non estende al pari del dritto Romano la *tutela legitima* a tutti i parenti, limitandola ai soli ascendenti, e non ammettendo che un solo di questi alla tutela, in prima il padre, quindi la madre, l'avo paterno e materno, e quando vi sieno in una medesima linea più antenati, colui che sia scelto a preferenza dal consiglio di famiglia (13).

§. 125.

4) *Tutela dativa*. In difetto delle prime, la tutela è data dal consiglio di famiglia; ma non è soggetta a determinazioni particolari (14). Il consiglio di famiglia non può nominare molti *tutores administrontes*: gli è permesso però sciegliere un tutore speciale per i beni situati nelle colonie (15). La nomina d'un

(1) Art. 141.
(2) Art. 511.
(3) Art. 1428-1430.
(4) Art. 389.
(5) Anche l'art. 470.
(6) Art. 397.
(7) Art. 398.
(8) Art. 399, 400.

(9) Art. 417.
(10) Lassaulx, parte II. p. 312, 313 — Maleville. T. 1. p. 415, 416.
(11) Thibaut, *Pand*. §. 396.
(12) Riffè, *Pand. Franc*. T. IV. p. 500. 501.
(13) Art. 402, 405.
(14) Art. 402-405.
(15) Art. 417.

tutore sotto condizione ed a termine sarebbe ammissibile anche qui secondo il § 123. purchè giovi al minore, e perchè questi non resti per un intervallo di tempo senza patrocinio.

§. 126.

Tutela pactitia. Il Codice non riproduce una simigliante specie di tutela, ma ne ammette una tutta speciale secondo il §. 117 nella *tutelle officieuse*, che serve di apparecchio all'adozione. Non è parola nel Codice della così detta *tutela occupatitia* o *protutela*, ma i principii Romani seguono dalle regole proposte nel Codice sulla *negotiorum gestio* (1).

§. 127.

Sui rapporti delle qui indicate tutele è da osservare quanto segue: 1) la *tutelle officieuse* rende oziosa qualunque altra tutela (2). 2) Quando il tutore già nominato faccia valere delle scuse, o sia rimosso, o muoja, il consiglio di famiglia avrà sempre a scegliere un *tutor dativus* (3). 3) La tutela dei genitori è preferita alla testamentaria, quest' ultima a quella degli altri ascendenti come alla *dativa*, ed a questa quella degli altri ascendenti (4). Il Codice à obbliato il caso, che il tutore chiamato sia impedito per qualche tempo: può ritenersi che debbasi far uso della tutela *dativa*, giacchè ammettesi sempre questa, quante volte un' altra non sia espressamente ordinata dalla legge.

§. 128.

II. *Origine delle altre specie di tutela*. Di alcune accennammo già nel §. 46, 48, 77, 119, e 122; delle altre sarà parola nella dottrina del dritto di successione, sicchè non rimane a trattare che delle seguenti:

1) Tutela dei dementi, dei furiosi e dei deboli di spirito. Per questi dovrà nominarsi un tutore generale ed un tutore surrogato, senza che in menomo modo ostassero i loro *dilucida intervalla* (a), non altrimenti che è fatto per i minori, colla limitazione però, che in tal caso il marito è il *tutor legitimus*, e che la moglie può ottenere sopra questo una *tutela dativa* (5). È necessario che il Tribunale per diligenti indagini si faccia ben persuaso della necessità d' una tale tutela, potendovi intervenire il conjuge ed i parenti (6). Il Procuratore Regio dovrà procedere nel solo caso, che colui che deve essere interdetto, sia furioso, o in quello di demenza quando non vi sieno parenti, o la famiglia abbia interesse che la demenza rimanga nel segreto (7): il Tribunale può pure durante le inchieste nominare un amministratore provvisorio (8). Se alcuno è per così dire mezzo demente, può nominarsi per la quasi interdizione un consulente per gli affari più importanti, ma la pronunciata interdizione dovrà essere sempre pubblicata.

2) *Tutela dei prodighi*. A questi come agl'interdetti può nominarsi dal Tribunale un tutore per gli affari più importanti, al quale per delicatezza si dà il nome di *conseil*. In tal caso è sempre necessario sentire il parere del Procurator Regio (9).

§. 129.

In tutte queste tutele può ventilarsi la quistione fino a qual punto alcuno può essere obbligato o abbia dritto di domandare un tutore per un altro. Non vi è secondo il Codice un vero obbligo (10), giacchè ciò menerebbe facilmente a grandi difficoltà, e perchè vi può provvedere il giudice di circondario *ex officio*. Vi ha però delle eccezioni, ed in ispecie relativamente al tutore surrogato (11), ed ancora nel caso che la madre passi a seconde nozze (12), e quando il Pro-

(1) Art. 1372-1375.
(2) Art. 365.
(3) Art. 405. 424.
(4) Art. 402, 405.
(a) C. L. V. F. LXX. L. C.
« *Cum aliis quidem hominibus continuum furoris infortunium accidat, alius autem morbo non sine laxamento aggrediatur, sed in quibusdam temporibus quaedam eis intermissio perveniat, et in hoc ipso multa sit differentia, ut quibusdam breves induciae, aliis majores ob hujusmodi vitio inducantur, antiquitas disputabat, utrumne in mediis furoris intervallis permaneret eis curatoris intercessio, an cum furore quiescente finita, iterum morbo adveniente redintegraretur. Nos itaque ejus ambiguitatem decidentes sancimus, cum incertum est in hujusmodi furiosis hominibus, quando resipuerint, sive ex longo, sive ex propinquo spatio, et impossibile est et in confinio furoris et sanitatis eum saepius constitui, et post longum tempus sub eadem esse varietate, ut in quibusdam videatur etiam pene furor esse remotus curatoris creationem non esse finiendam, sed manere quidem cum donec talis furiosus vivit* ».
(5) Art. 505-507.
(6) Art. 490, 492 — 498, 500.
(7) Art. 491.
(8) Art. 497.
(9) Art. 513, 515.
(10) Art. 406.
(11) Art. 424.
(12) Art. 395.

curator Regio s'avveda, che i parenti ed il conjuge abbiano in non cale di dimandare l'interdizione d'un furioso, ed anche per i fedecommessi sotto alcuni rapporti (1). Il dritto di dimandare un tutore per il minore si appartiene a tutti i parenti ed alle persone interessate, ed a quelle indicate nel §. 128 per l'interdizione e la cura (2).

SEZIONE II.

SUI RAPPORTI GIURIDICI CHE SI ORIGINANO DALLA DELEGAZIONE, ACCETTAZIONE ED AMMINISTRAZIONE DELLA TUTELA.

§. 130.

I. *Obbligazione di accettare la tutela.* Il Codice impone l'obbligo di accettare la tutela, ma ammette pure come il dritto Romano le *excusationes voluntariae* per debolezza, per il peso di altre tutele, e per età (a), le quali *excusationes* sono determinate d'un modo speciale, ma chiaramente (3).

Gli articoli, che ne trattano, sono riferibili solamente ai tutori dei minori, ma perchè la ragione è la medesima, opinarono gli espositori, che fossero applicabili a tutti gli altri tutori: soltanto per il nominato *conseil* (4) non ammettonsi da alcuni le medesime scuse (5), giacchè altrimenti rimarrebbe la moglie priva d'assistenza, senza considerare, che le *excusationes voluntariae* si fondano sulla ragione, che il chiamato abbia un giusto motivo di esserne fatta esente. Anche il modo di estimaro le scuse è esattamente determinato (6), senonchè manca una regola generale, la quale fissi per i tutori il termine di farle valere: deesi qui applicare il principio espressamente pronunziato per la *tutela dativa*, che si accordano tre giorni da quello, in cui la nomina è portata a notizia dei tutori (7).

(1) Art. 1056, 1057.
(2) Art. 406, 491.
(a) C. L. V. T. LXIX. (L. 1.)
« *Si tres tutelas, vel curas eodem tempore non defunctorie susceptas administras, onere quartae tutelae seu curationis pupillorum seu adolescentium non graveberis. Finito autem officio pubertatis pupillorum, vel aetate adolescentium, aliae substitui possunt, licet nondum ratio tutelae seu curae administratae reddita sit. Sed imperfectae diversae species vacationis, licet permixtae, ad excusationem non proficiunt. Scire igitur debes cum qui duos filios habet, et duas tutelas administrat, excusationem non mereri* ».
C. L. V. T. LXVIII. (L. 1.)
« *Pater tuus, si major est annis septuaginta, ad tutelam seu curam evocatus, excusare se solemniter potest* ».

§. 131.

II. Il Codice non ordina per i tutori le *satisdationes*, limitandosi all'obbligazione di fare inventario, nè impone alcun giuramento, sebbene questo sia stato ritenuto dalla pratica Francese (8).

§. 132.

III. *Rapporti giuridici posteriori all'accettazione della tutela.*

1) *Obbligazioni del tutore verso il minore*:
A. Il tutore rappresenta il minore, e dovrà farlo da diligente padre di famiglia, senza che potesse essere scusato d'alcun grado di colpa (9), sicchè egli è tenuto alla *summa diligentia in abstracto* (10), ma su ciò non leggesi nulla di più preciso. B. Il tutore dovrà dare il conto, ma solo quando sarà finita la tutela, giacchè ripeterlo in ogni anno sarebbe inutile e dispendioso (11). Nondimeno il tutore surrogato può dimandarlo di tempo in tempo (12). Il tutore non può convenirsi col minore sul conto, prima che questo fosse già dato, nè accettare da esso una donazione (13). C. Il Codice sottopone il tutore in molte cose ad una autorità superiore, e per ordinario al consiglio di famiglia. Egli può provvedere da se solo alla educazione del pupillo, fatta eccezione del caso che intendesse farlo carcerare (14). Non può far vendere i mobili senza che ciò fosse fatto all'incanto, e coll'intervento del tutore surrogato, purchè il consiglio di famiglia non ne ordini la conservazione (15). Questo gli è assolutamente necessario: 1) quando egli stesso intenda prendere in fitto i beni del minore: gli è assolutamente vietato addivenirne proprietario, molto meno farsi cessionario d'un credito contro il minore (16): 2) quando trat-

(3) Art. 394, 427 — 438, 508.
(4) Art. 391.
(5) Lassaulx II. p. 345, 346.
(6) Art. 438-441.
(7) Art. 439. — Brauer, parte I. p. 307, 308. — Delvincourt, T. I. p. 234, Nota I.
(8) Riffé, *Pand. Franc.* T. IV. p. 477. 502, 564, 569. — Lassaulx, parte II. p. 419.
(9) Art. 450.
(10) Art. 1137.
(11) L'art. 469, si fonda su questa ragione manifestamente cattiva.
(12) Art. 470.
(13) Art. 472, 907.
(14) Art. 468.
(15) Art. 452.
(16) Art. 450, 1596.

tasi fissare la somma delle spese annuali per questo (a) (1): 3) non può vendere nè pignorare i beni del minore (b), o prendere in prestito per lui; a ciò fare abbisogna anche dell'approvazione del tribunale, che non sarà concessa, se non dopo esserne rigorosamente pruovata la necessità, dovendo pure la vendita essere publica (2): 4) quando trattasi di accettare o ricusare una eredità o donazione (3): 5) quando voglia intentare o rinunziare ad un'azione immobile, o di divisione (4): 6) per le transazioni, per le quali è necessario l'avviso di tre giuristi indicati dal Pubblico Ministero (5).

§. 133.

2) *Obbligazioni del minore verso il tutore.*

Il minore dovrà pagare dai propri beni al tutore le spese utili occorse per lui, e farlo pure indenne di tutti i danni ed anche di quello che non utilmente avesse pagato, purchè non gli si possa imputare alcuna colpa (6). Il minore risponde delle proprie colpe.

§. 134.

3) *Rapporti giuridici del tutore e del minore verso le persone estranee.*

A. *Del tutore.* Qui vale la regola, che il tutore rappresenta il minore, ma in molti casi secondo il §. 134 è soggetto ad un'autorità superiore. B. *del minore.* a) il minore è obbligato dal fatto del tutore; nondimeno può giovarsi in molti casi della *restitutio in integrum*, come sarà pruovato nel §. 171. b) il minore può essere obbligato anche per altre ragioni, ossia quando ne risulti una obbligazione, come i Romani dicevano, *ex re*, come nel caso, che ne abbia tratto profitto o in quello d'un delitto proprio imputabile (7). Non ammettesi nel Codice alcuna distinzione secondo il numero degli anni, come distinguevano i Romani i loro *infantes*, *infantiae et pubertati proximos*. Da tutt'altro fatto volontario non si origina per il minore alcuna valida *obligatio* (8); ma occorrono qui le seguenti quistioni: l'obbligazione contratta dal minore e per la quale egli dimandi la restituzione, produce almeno una *obligatio naturalis*, sicchè si avrebbe a considerarla secondo il §. 10? La negativa è più ragionevole, giacchè non si ammette alcuno con tratto valido per le persone di minore età (9), ed il Codice à perciò fissato l'anno ventunesimo, sebbene una simigliante obbligazione sia valida per i garanti del minore (10). 2) Può ogni minore anche ne suoi più giovani anni acquistar dritti? Deesi ritenere la negativa almeno per evitare una inconseguenza. Però il minore può almeno negli anni ultimi della sua minore età acquistar dritti, che non gli nuocciano (11). In ciò pure è difettoso il Codice, dovendosi però affermare, che i minori troppo giovani non possono avere alcun *animus* giuridico; mentre i Romani si ajutavano colle loro sottili distinzioni. Per commiserazione verso i minori essi sono dichiarati esenti dall'arresto e da qualunque altra esecuzione personale (12).

§. 135.

4) *Conseguenze delle altre specie di tutela, in quanto queste non cadono sotto i principii del* § 128. Di tal ragione sono: A. la tutela dei dementi. a) Durante il processo per far pronunziare la demenza si dovrà nominare un amministratore provvisorio sì per la persona che per i beni di chi vi è sottoposto (13). Ma perchè un tale processo non ha alcuna pubblicità, il fatto di colui, di cui

(a) C. *l. v. t.* XLVIII. (l. 2.)
« *Quod plerumque postulatur, ut arbitri Praetoris alimenta pro modo facultatum pupillis vel juvenibus constituantur, pro officio suo, qui aliena negotia gerunt, ne apud judicem controversiam habeant, faciunt. Caeterum si bonus vir et innocens tutor arbitrio suo aluit pupillos, quod intendum etiam necesse est fieri, — non dubie accepta ferre debebunt ea quae vir bonus arbitratur merito ad exhibitionem educationis, ministeria, studiaque erogata esse* ».
(1) Art. 455, 465.
(b) C. *l. v. t.* LXXI. (l. 2)
« *Non est vobis necessaria in integrum restitutio, si tutores vel curatores vestri possessionem, licet pignori nexam vendiderunt (sine decreto)*». eodem l. 4. «*Non solum per venditionem rustica praedia vel suburbana pupilli vel adolescentes alienare prohibentur, sed neque transactionis ratione et multo magis donatione vel alio quoque modo ea transferre sine decreto a dominio suo possunt* ».
(2) Art. 457-460.
(3) Art. 461-463.— Brauer, parte VI. n. 288.
(4) Art. 464-466.
(5) Art. 467.
(6) Art. 471,
(7) Art. 465, 1310.
(8) Art. 108, 903, 1124, 1125, 1305.
(9) Art. Brauer, parte V. p. 200, 201. — Di contrario avviso è Proudhon. T. II. p. 273, 274.
(10) Art. 2012.
(11) Proudhon, p. 272, 273.
(12) Art. 2064, 2206.
(13) Art. 497.

dimandasi l'interdizione sarà nullo solo quando la demenza è a notizia di tutti; e dopo la sua morte perchè a questo tempo le pruove sono sempre più difficili, i suoi atti saranno inefficaci, quando questi stessi faranno pruova della sua demenza (1). b) L'interdetto à una incapacità assoluta al pari del minore (2), che anzi egli non può validamente operare anche nei casi, nei quali riconoscesi al minore bastante volontà e forza di discernimento come nei testamenti o nel matrimonio, senza che abbiasi a tener conto dei *dilucida intervalla*(3). c) I quasi interdetti sono incapaci soltanto di quegli atti indicati nell'art. 499; ànno del resto la capacità di tutti gli altri, ed in ispecie possono contrarre matrimonio senza il consiglio altrui. Molti però ne dubitarono, giacchè il matrimonio (4) à per conseguenza l'ipoteca, e simiglianti interdetti non possono ipotecare i loro beni (5): ma è da osservare, che una tale ipoteca proviene dalla legge, sicchè cade sotto la regola espressa nel §. 134, *obligatus esse ex re*. Quelli giudiziariamente dichiarati prodighi sono assimigliati ai mezzo interdetti (6).

§. 136.

5) *Obbligazioni d' un* TUTOR HONORARIUS.

A questo tutore corrisponde secondo il Codice il tutore surrogato, sebbene abbia questi più dritti (7) dell'antico *tutor honorarius*. Egli dovrà non solamente vigilare sul *tutor administrans* e far reclamo per qualunque atto illegale del medesimo, ma è pure obbligato rappresentare il minore in tutti quegli atti, nei quali è in collisione col tutore; mentre per dritto antico in tali casi nominavansi *curatores ad hoc*. Per mantenere l'antagonismo fra il *tutor administrans* ed il tutore surrogato, è pure statuito, che questi non debba votare per la scelta di quello, nè influire sulla sua rimozione.

§. 137.

6) Occorre una volta la parola *proteteur*, ma solo quando è necessità dividere la tutela col vero tutore. Non si fa menzione nel Codice dei falsi tutori (*falsos tutores*), come li addimandavano i Romani, i quali usavano pure l'espressione *qui pro tutore se gerit*. I principii del dritto Romano però si accordano con quelli del Codice sulla *negotiorum gestio*. Non può qui ammettersi nondimeno la *restitutio in integrum* a favore d'un terzo secondo l'Editto, giacchè il Codice non ne fa parola, e l'esclude coll' art. 1313.

§. 138.

7) *Azioni del minore.*

Queste seguono il processo ordinario (8), ed è detta qualche cosa accessoriamente su i doveri solidali di più tutori (9). Il tutore surrogato può anche durante la tutela intentare reclamo contro il tutore (10), ma non per il conto generale o annuo (11), ed il Tribunale a ciò competente è quello stesso del minore: l'azione è intentata contro il tutore istesso e gli eredi di lui, e non mai contro il padre di famiglia per il figlio di famiglia, giacchè il tutore dovendo essere maggiore non può essere soggetto alla patria potestà. Il Codice non fa menzione dei *garanti* dei tutori, dei *postulatoribus*, *affirmatoribus nominatoribus*, nè ordina alcuna risponsabilità per il consiglio di famiglia, come osservammo già nel §. 121. Essendovi vizio nei giudicati, i Tribunali ne sono sempre risponsabili (12), se possa provarsi il *dolus*, al quale la pratica e la Corte di Cassazione pareggiarono sempre la *culpa lata*.

§. 139.

8) *Azioni del tutore contro il minore.*

Di queste il Codice non fa speciale men-

(1) Art. 503, 504.
(2) Art. 509, 1124, 1125.
(3) Art. 148, 174, 901, 904.
(4) Art. 2121, 2135.
(5) Art. 599.
(6) Art. 513.
(7) Art. 420-426.
(8) Art. 473 — Mancano nel Codice i principii Romani sulla pena, che è conseguenza dell'*actio de rationibus distraendis*, e sulle obbligazioni più limitate degli eredi del minore.
(9) Art. 396. — Quando essi amministrino separatamente nessuno risponde per l'*altro*, art. 417: se il tutore, ed il tutore surrogato abbiano contratto un debito, sono obbligati solidalmente ed anche quando concorrono ad un medesimo atto secondo gli art. 390, 391, il che non è sempre giusto, e particolarmente se l'uno avesse operato senza l'avviso dell'altro.
(10) Art. 420.
(11) Art. 470.
(12) Cod. di Proc. 505-516 — Arresto della Corte di Cassazione 23 luglio 1806. — Sirey —

zione, e certo perchè tali azioni seguono necessariamente dalle obbligazioni del minore verso il tutore.

SEZIONE III.

FINE DELLA TUTELA E DELLA PATRIA POTESTA'.

§. 140.

Il Codice non tratta in alcun titolo della fine della patria potestà, ma in molti di quella della tutela dei minori (1), ed in uno della emancipazione (2), che si rapporta sì alla tutela che alla patria potestà. Occorrono sparsi quà e là dei cenni, che ordinati sistematicamente ci danno i seguenti risultati:

I. *Casi, nei quali finisce qualunque tutela e patria potestà.* Fra questi debbonsi noverare: 1) la morte civile e naturale del tutore e del padre, o del minore (3). Morendo uno dei primi passa l'altro sotto una novella potestà, o della madre (come madre e come tutrice), o d'un tutore dativo. Gli eredi però del primo tutore dovranno continuare provvisoriamente la tutela, quanto volte sieno di età maggiore (4). 2) L'esclusione o rimozione per incapacità o indegnità. Queste *excusationes necessariae* dei tutori furono già trattate nel §. 120, e sono applicabili indubitatamente secondo lo spirito del Codice, a qualunque altra specie di tutela. Gli Autori del Codice non pronunziarono alcun giudizio sulla patria potestà, ma leggesi nel Codice penale (5), che i genitori al pari dei tutori perdano la patria potestà, quando persuadino alla immoralità i figli, o non cerchino rimuoverneli: 3) Se il tutore addiviene straniero, la Corte di Cassazione ritiene come cessata la tutela, ed il medesimo deve dirsi della patria potestà, giacchè questa è una istituzione positiva. Un cambiamento per contrario nello stato del minore non à alcùna influenza. 4) Cessa infine la tutela passando il minore sotto la *tutelle officieuse* d'un altro (§. 119); con ciò però non è perduto per il padre il dritto di usufrutto.

II. *Casi, nei quali cessa ogni specie di tutela.* Questo avviene secondo il §. 130 mediante una *excusatio voluntaria* del tutore.

III. *Casi, nei quali finisce la tutela dei minori e la patria potestà.* Ciò succede: 1) quando il pupillo addiviene maggiore (6). 2). Se prima della maggiore età venga emancipato. L'emancipazione consegue *ipso jure* dal matrimonio del minore, o pure per volontà del padre, senza che vi abbisognasse il consenso del minore (7). Quando i genitori ne abbiano la potestà, l'emancipazione dovrà essere fatta da essi, altrimenti dal consiglio di famiglia. Nel primo caso i genitori dovranno farne dichiarazione davanti al giudice di circondario, nel secondo caso il giudice del circondario come presidente del consiglio dovrà prendere notamento della dichiarata emancipazione. Se il figlio venga emancipato dal padre, dovrà avere 15 anni, se dal consiglio di famiglia 18 (8). L'emancipato acquista la capacità per quei soli affari, per i quali il tutore secondo il §. 132 non abbisogna del consiglio di famiglia: per tutti gli altri gli sarà assegnato un curatore soggetto al consiglio di famiglia (9). Quando l'emancipato si lasci trarre in inganno nell'amministrazione degli affari nei quali può liberamente operare, potrà il tribunale opporgli delle limitazioni, ed anche novellamente sommetterlo all'antica potestà (10). 3). Finisce pure la tutela nel caso che la madre passi a seconde nozze, ed il Consiglio non avvisi concederle novellamente la perduta tutela (11).

IV. *Casi, nei quali si perde la sola patria potestà.* Questo avviene secondo il §. 122 nel caso di divorzio per colpa d'uno dei conjugi, sebbene questi conservi sempre il dritto di vigilare sulla educazione dei figli (12).

V. La tutela dei dementi e dei prodighi cessa solo quando sia pronunziata la sentenza, che rimuove l'interdizione (13).

VI. La curatela dei minori emancipati finisce quando, come fu già osservato, essi ritornino sotto l'antica soggezione per sconsideratezza nell'amministrazione dei proprii affari (14). Infine.

VII. La *tutelle officieuse* deve per regola generale secondo il §. 116 cessare per il con-

(1) Art. 427-449.
(2) Art. 476-487.
(3) Art. 25, 402, 405.
(4) Art. 419.
(5) *Cod. penal*, art. 334, 335.
(6) Art. 372, 488.
(7) Art. 476, 479.
(8) Art. 477, 479.
(9) Art. 480—484, 487.
(10) Art. 484—486.
(11) Art. 381, 395, 396.
(12) Art. 303.
(13) Art. 512, 514.
(14) Art. 484—486.

senso di quelle medesime persone, che vi assentirono (1).

§. 141.

Gli effetti della cessata patria potestà o tutela sono tacitamente abbandonati dal Codice alla regola naturale: « *cessante causa cessant effectus* ». Il Codice non ammette alcuna perdita dei dritti di famiglia per emancipazione, molto meno quella della qualità di *sui*, giacchè questa sta indipendentemente dalla *potestas*. Molto meno potrebbesi secondo lo spirito del Codice affermare, che i figli dei figli emancipati cadano sotto la potestà degli avi, giacchè esso ritiene il saggio principio (2), che la *potestas* si appartiene ai soli genitori, e che il matrimonio ne libera sempre il figlio.

(1) Lassaulx, parte II. p. 273, 274.

(2) Art. 371, 372, 476.



LIBRO TERZO

Dritto delle obbligazioni

INTRODUZIONE

§. 142.

Il Codice à trattata tutta la dottrina delle obbligazioni d' un modo che è poco logico, e soltanto per così dire *ad vocem* della proprietà, e segue pure relativamente all' ordine interno un metodo al tutto nuovo, ma non migliore. Trovansi in prima negli art. 1101 fino a 1369 dei principii generali sulla origine e sulla estinzione delle obbligazioni: seguono poi negli art. 1370 — 2281 le singole *causae obligationum*, ed è veramente strano, che trattasi prima dei *quasi contractus*, poi dei *delicta*, e *quasi delicta*, ed infine dei contratti.

SEZIONE I.

SUI CONTRATTI.

INTRODUZIONE.

§. 143.

Il Codice à alquanto diffusamente svolti i principii generali sui contratti, seguendo in questa occasione l' autorità di Pothier (1): ma infelicemente un tale scrittore era egli stesso un debole Romanista, ed al pari degli Autori del Codice, incorse egli pure nell' errore di trattare dottrine più estese in occasione d' una dottrina più limitata, come per esempio la dottrina della evizione in occasione di quella della vendita.

§. 144.

I. *Chi ha la capacità di contrattare?*

A tal proposito il Codice non si differenzia dall' antico dritto (2), ma contiene delle specialità relativamente alla patria potestà, alle mogli ed alle tutele, le quali furono già trattate nella dottrina dei dritti personali.

§. 145.

II. *Che cosa importa la parola consenso.*

1) Il Codice ne rimette alla scienza la risposta, e s' intende chiaramente, che il consenso dee essere certo e non dubbio, e che entrambe le parti contraenti debbano acconsentire. Esso non ammette (§. 24) il modo di afforzare i contratti per giuramento, e fa menzione dell' *arrha* sol di passaggio, ed in occasione della vendita senza occuparsi delle quistioni accessorie relative all' adempimento d' un contratto; e del reclamo di restituzione verso i terzi in caso che non si adempia alla convenzione.

§. 146.

2) *Difetto di consenso per errore.* La legge non distinque qui l' errore di una delle parti, o di entrambi i contraenti: ammette soltanto la distinzione principale fra l'errore *essenziale* e *non essenziale*.

A. L' *error essentialis* rende nullo anche secondo il Codice il contratto. Ma quando può dirsi, che vi sia un tale errore? Debbonsi distinguere i seguenti casi:

a) Che l'errore cada sulla persona del contraente. Quando àvvi errore sulla identità della persona (3), il contratto è nullo nel solo caso che si abbia avuto riguardo alla persona, come per esempio nel matrimonio o nella donazione. Se l'errore si limita alle sole qualità della persona, sono qui possibili due casi: che la persona sia essa stessa obbietto del contrat-

(1) Pothier, *Traité des obligations.* — Sulla più moderna letteratura di questa dottrina è da vedere Zachariä, parte II. p. 259.

(2) Art. 1123, 1128. — Thibaut, *Pand.* §. 445.

(3) Art. 1110, 2053. Questo ultimo articolo pruova, che le parole *sur la personne* nell'art. 1110 si rapportano soltanto alla identità delle persone.

to; un tal caso è regolato dalla disposizione legislativa (1), di cui sarà bentosto parola. Che la persona non sia obbietto del contratto, come nella vendita; per un tal caso il Codice non à pronunziata alcuna nullità, ma non lo decide.

b) Se l'errore cada sull'obbietto del contratto, sarà questo nullo (2), quante volte esso riguardi la sostanza istessa della cosa (a) ossia secondo Pothier non soltanto l'identità, ma le qualità principali. Questa ultima idea è tanto dubbia, che il Codice per una tale manchevolezza à lasciato sussistere tutte le antiche controversie, ed à tolto anche alla scienza ogni ferma base.

c) Molti ritengono come una causa di nullità l'errore che cada sui motivi determinanti di uno dei contraenti (3). Ma ciò è in inammissibile; giacchè nell'indicare i motivi di nullità il Codice molto saggiamente non vi novera anche quelli: la medesima idea è seguita anche da Pothier, ed è infine chiaramente pronunziata nel discorso di Berlier sull'art. 1110. Coloro, che opinano altrimenti opposero il principio (4) che non vi possa essere alcuna obbligazione senza causa. Ma secondo Pothier, e come pure rilevasi dalla discussioni, gli Autori del Codice intesero per *cause* quello che i Romani dicevano *causa*, ossia non il motivo determinante di una dei contraenti, ma i momenti di fatto, come per esempio nella vendita l'obbietto di essa ed il prezzo (5).

d) Il Codice non fa speciale menzione dell'errore sulla natura istessa del contratto, ma è da ritenerlo come un motivo di nullità, giacchè esso richiede per ogni contratto l'*acceptatio*.

B. Non trattasi particolarmente del *error non essentialis*; è però indubitato, che non è considerato, come un motivo di nullità. Dagli altri principii del Codice può dedursi: che chi intende reclamare per essere fatto indenne, o per la restituzione, dee pruovare ch'egli per spensierataggine abbia avuto più poco, o che abbia dato più di quello, che fu convenuto.

§. 147.

3) *Difetto di consenso per frode.*

Il Codice si è qui limitato a ripetere l'antico principio, che il *dolus causam dans* dei contraenti renda nullo il contratto. Esso non fa parola del *dolus incidens* e del *dolus* d'un terzo, e tocca la quistione, di cui accennammo nel §. 146, se il semplice errore nei motivi determinanti dei contraenti sia ragione di nullità. Il Codice non à nè anche ventilata la grande quistione, se nel caso d'un *dolus causam dans* possa rivendicarsi la cosa dalle mani d'un terzo: l'affermativa però non è qui dubbia, giacchè la esistenza d'una *conditio risolutiva* da dritto alla *vindicatio* contro i terzi. Quando entrambi i contraenti si trassero scambievolmente in inganno, deesi secondo l'espressa regola e la dottrina della compensazione (6) considerare come giusto l'antico principio, che il reciproco *dolus causam dans* renda nullo il contratto, e che si compensino i dritti alla scambievole indennizzazione, quando avvenga che si pareggino.

§. 148.

4) *Difetto di consenso per violenza.*

Il Codice ripete gli antichi principii Romani sui *bonae fidei negotia* (7), ed ammettesi particolarmente la *vindicatio* della cosa sottratta per forza anche contro le terze persone (c).

(1) Art. 1110.
(2) Art. 1110.
(a) L. 9. *pr.* D. *de contr, empt.* (XVIII. I.) (Ulpianus).
« In venditionibus et emptionibus consensum debere intercedere palam est. Caeterum sive in ipsa emptione dissentietur, sive in pretio, sive in quo alio, emptio imperfecta est. Si igitur ego me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihi vendere Sempronianum putasti, quia in corpore dissensimus, emptio nulla est. Idem est, si ego me Stichum, tu Pamphilum absentem vendere putasti, nam cum in corpore dissentiatur, apparet nullam esse emptionem ».
(3) Maleville, all'art. 1975 *Analyse.* — Portalis, sull'art. 1975 Discussione. — Delvincourt, *Inst.* T. II. p. 217, 218, — Toullier, *Droit civil* T. VI. p. 36, 37 — Duranton, *Traité des contrats*. p. 60—68.
(4) Art. 1131.
(5) *A. G.* Vos de Woel, *de errore in conventionibus.*
(6) Art. 1298, 1299.
(7) Art. 1109, 1111-1115, 1382, 1383, 1681.— Thibaut, §. 453, 455.
(c) *L.* 4. II. T. XX. I. 1.
« Persecutionem eorum, quae vi vel furto ablata sunt, etiam si postea intercIderint, integram esse, jure responsum est » — L. 4. *« Si per vim vel metum mortis, aut cruciatus corporis, vendi-*

§. 149.

5) *Consenso serio.*

I principii Romani, che la *simulatio* nulla valga, e che vi debba essere il proposito di contrarre seguono dalla natura istessa dei contratti e dalle disposizioni della legge (1).

§. 150.

III. *Sopra quali cose si può contrattare?*

La risposta sè è: 1) anche sulle cose future. Questo è detto indeterminatamente nel Codice (2), ma per una timida prudenza non fu toccata la delicata distinzione, che facevano i Romani fra il *pactum de spe e de re sperata*.

2) Anche i *genera* possono essere obbietto del contratto: ma il creditore non può pretendere la cosa migliore, nè il debitore può dare la peggiore (3). La determinazione del prezzo non può essere rimessa all' illimitato arbitrio d' uno dei contraenti (4), sebbene debbasi ritenere, che questi si possano rimettere alla equità di uno di essi, giacchè il Codice permette alle parti di nominare *arbitratores* (a).

Esso però non dice se il giudizio di questi sia incontestabile, e se possa ammettersi l'opposizione, quante volte sia irragionevole.

3) Il caso, in cui la vendita sia fatta a blocco, è deciso secondo le idee dell'antico dritto (5).

4) È assolutamente vietata la vendita delle cose altrui, e di quelle fuori commercio, ma la prima sembra poi in qualche modo ammessa, giacchè si volle derivarne l' obbligazione della indennizzazione, quella della evizione, ed il possesso per prescrivere (6).

5) Il Codice à interamente tralasciata la distinzione fra *honorarium* e *merces*, fra i servizi, che si possono estimare e non estimare, la quale è importante per distinguere il mandato dalla locazione (7).

§. 151.

IV. *Effetti dei contratti.*

Il principio, che i contratti influiscono soltanto fra i contraenti, senzachè potessero tornare a danno o a vantaggio d' un terzo, fatta eccezione del caso della donazione, è tratto interamento dal dritto Romano (8), ma colla soggiunta molto strana, che un terzo possa giovarsi d' un tale contratto per reclamare, quando colui, che convenne per il proprio vantaggio, abbia convenuto col medesimo contratto anche dei vantaggi a favore di esso terzo. Ma fra i contraenti il contratto è assolutamente valido a favore d' un terzo senza che importi, s' essi abbiano o pur nò alcun interesse proprio all' adempimento della convenzione (9).

§. 152.

2) È inoltre da per tutto riconosciuta la distinzione fra i contratti, dai quali segue una obbligazione, e quelli che anno per effetto una semplice esenzione, ma con poche parole è rigettato il rigoroso sistema Romano fra *contractus* e *pacta*, giacchè per

tio a vobis extorta est, et non postea eam consensu corroboraslis, juxta perpetui formam Edicti intra annum quidem agentes, (quo experiundi potestas) et si res non restituatur, quadrupli condemnationem referetis, scilicet reddito a vobis pretio: post annum vero causa cognita, eadem actio in simplum permittitur ».

(1) Art. 843, 911. Thibaut, §. 456.

(2) Art. 1130.

(3) Art. 1129-1246.

(4) Art. 944, 1174.

(a) *C.* L. IIII. T. XXXVIII. *l.* 15.

« Super rebus venundandis, si quis rem ita comparaverit, ut res vendita esset, quanti Titius aestimaverit, magna dubitatio exorta est multis antiquae prudentiae cultoribus, quam decidentes sancimus, cum hujusmodi conventio super venditione procedat, si quidem ipse, qui nominatus est, pretium definierit, quanti ille aestimaverit sub hac conditione stare venditionem: ut si quidem ipse, qui nominatus est precium definierit, omnimodo secundum ejus aestimationem, et precia persolvi, et venditionem ad effectum pervenire sive in scriptis sive sine scriptis contractus celebretur, scilicet si hujusmodi pactum, cum in scriptis fuerit reductum secundum nostrae legis definitionem per omnia completum et absolutum sit. Sin autem vel ipse noluerit, vel non potuerit precium definire, tunc pro nihilo esse venditionem, quasi nullo precio statuto, nulla conjectura (immo magis divinatione) in posterum servanda, utrum in personam certam an in boni viri arbitrium respicientes contraentes, ad haec pacta venierint: quia hoc penitus impossibile esse credentes, per hujusmodi sanctionem expellimus ».

(5) Art. 1522, 1585, 1586, 1617-1621. — Thibaut, *Pand*, §. 459.

(6) Art. 1120, 1626, 2232, 2234.

(7) Pothier, *du contrat de mandat*. n. 23-27.- Bruer, parte III. p. 703-709.— Thibaut, §. 460.

(8) Art. 1119, 1121, 1165, 1973. — Thibaut, *Pand.* §. 463.

(9) Art. 1165.

regola generale tutti i contratti legalmente convenuti e non soggetti a condizione debbono dar dritto ad un'azione. Per maggiore sicurezza il Codice à ordinate forme speciali per alcuni affari, come per esempio per il matrimonio e per le ipoteche, ed anche per le somme maggiori di 150 franchi non à generalmente riconosciuta alcuna forza alla semplice pruova testimoniale, la quale disposiziono legislativa non deve come osservammo nel §. 127. condurre alla idea, che per la formazione d'un contratto sia assolutamente necessario un titolo.

§. 153.

3) *Contratti unilaterali e bilaterali.* — Il Codice li ha pure riconosciuti (1), ma secondo il suo modo ordinario non ha tenuto conto delle ingegnose denominazioni che i Romani davano alle azioni.

§. 154.

4) *Obbligazione di ricevere.* Il Codice ha naturalmente riconosciuta una tale obbligazione, relativamente ai contratti, ma, come avemmo occasione di osservare nel §. 24, esso incorre nell'errore di confondere la *mora accipiendi* colla *depositio*, colla quale cessa interamente l'obbligazione.

§. 155.

5) *Obbligazione di soffrire il danno fortuito.* Il Codice non espone in alcun luogo i principii generali su questa difficile dottrina, ma ne tratta occasionalmente e di passaggio. È utile ricordare le seguenti antiche quistioni.

I. Chi dei contraenti dee sopportarne il danno? Su ciò il Codice si accorda coll'antica dottrina, che il caso fortuito esclude ogni dritto di reclamaro (2). Quando sia già conchiuso un contratto, debbonsi distinguero le seguenti possibilità:

A. Che colui, al quale per caso fortuito non possa darsi quello che si era promesso, abbia già soddisfatto alla sua obbligazione. Quì l'antica quistione se si possa domandare il già dato, è stata interamente taciuta dal Codice, e si può dire soltanto con certezza, che manca il dritto della restituzione, quante volte era ammissibile il reclamo della medesima cosa. Negli altri casi, sembra più naturale, che si ammetta il dritto alla restituzione, giacchè non può presumersi l'intenzione di donare: sicchè quando colui, che non è obbligato a sopportare il caso fortuito paghi, deesi ritenere che ciò faccia ordinariamente nella tacita condizione, che l'altro adempia alla sua obbligazione, e se questi non sodisfa, possiede *sine causa*.

B. Che egli non abbia ancora nulla dato: quando,

a) Trattasi d'una *obligatio faciendi*, sono applicabili i principii Romani (3): b) d'una *obbligatio dandi*, fa d'uopo novellamente distinguere: 1) che l'*obbligatio* sia perfetta in tutti i suoi punti: in tal caso il *periculum* cade nei contratti traslativi sul compratore, ed egli dovrà adempiere alla sua obbligazione: per il semplice prestato *jure in re aliena*, cessa una tale obbligazione, quando addiviene impossibile il godimento della cosa (4). 2) Se l'obbietto del contratto e la forza obbligatoria di questo non sieno ancora compiutamente determinati, è possibile che il contratto sia condizionale, in tal caso il compratore non dovrà sopportare il *periculum deteriorationis* (5): che il contratto sia *in genere*, a misura o a blocco, o l'obbligazione sia alternativa sono applicabili i principii del dritto Romano (6).

Nei contratti per assaggio è possibile, o che vi dovrà essere avanti tutto l'assaggio, o che una cosa sia data come campione: nel primo caso il contratto è nullo fino all'assaggio, nel secondo deesi considerarlo come contratto condizionato (7)(a). Il Codice non dice una sola parola sulla difficile pruova del *casus*.

II. Chi paga il danno? Sono quì applicabili gli antichi principii: ma il Codice alcune volte più di quello che facevano i Romani dalla semplice tradizione delle cose con

(1) Art. 1102, 1103, 1612. Thibaut, §. 472.
(2) Art. 1146-1148, 1303, 1865, 1884, 1929.— Thibaut, *Pand.* §. 478.
(3) Art. 1871, 1790, 1796. — Thibaut, *Pand.* §. 478.
(4) Art. 1138-1624.
(5) Art. 1182.
(6) Art. 1193-1195, 1302, 1585, 1586. — Thibaut *eod.*
(7) Art. 1587, 1588. — Sulla natura di questi contratti è da leggere particolarmente Heise e Cropp. *Trattati di dritto civile*, v. I. n. 8.

(a) *D.* l. 7. (XVIII. VI.) (Paulus).
« *Necessario sciendum est, quando perfecta sit emptio, tunc enim sciemus, cujus periculum sit, nam perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet. Et si id quod venierit, appareat, quod quale, quantum sit, et pretium, et pure venit, perfecta est emptio. Quod si sub conditione res venierit, si quidem defecerit conditio, nulla est emptio, sicuti nec stipulatio* ».

taxazio conchiude ad un dritto di alienazione e soltanto limitatamente per i contratti intende per *casus* solamente quelli *solitos et insolitos* e non l' *insolitissimos* (1), la quale erronea delicatezza fu assentita da molti dei Romanisti Tedeschi.

§. 156.

6) *Della evizione*. Il Codice, nel difetto compiuto di discussione, ed attenendosi alle idee molto sterili di Pothier (2) si è limitato a concepire l'evizione nel senso antico (a). Nelle discussioni non fu risoluta la quistione che cosa importi l'evizione: scorgesi però, che intendevasi conservare l'antica regola (3), che l'attore garantisce soltanto quello che à dato in proprio nome ad un altro: leggesi pure nel Codice nel caso di cessione la piccola particolarità, che il cedente, che garantisca l'obbietto della cessione, non sia tenuto a pagare più di quello, che avesse ricevuto dal cessionario (4). Non è detto espressamente, se debba farsene eccezione per la donazione: accenna però il Codice di passaggio (5) al principio Romano, che nel dubbio debbasi considerare la donazione come esente dall'obbligo della evizione, quante volte il donante non siasi reso colpevole di dolo, o non vi si fosse espressamente obbligato.

Il Codice dichiara pure obbligato il venditore non solamente per la evizione dell'intero, ma anche delle parti, quando l'*evictus* non voglia piuttosto veder risoluto l'intero contratto, purchè il vizio o il difetto non sieno per loro stessi tanto manifesti da non poter rimanere occulti; è perciò che non ammettesi alcun obbligo di evizione per l'imposta (6).

Il Codice segue interamente il dritto Romano facendo derivare l'obbligo della evizione dalla natura del contratto, dai patti speciali, e dalla frode (7).

Relativamente a quello, a cui il venditore è obbligato per la evizione, è da distinguere (8): quando l'evizione si limita ad una parte, deesi estimare il valore di questa al momento della evizione: se quella si estende a tutta la cosa venduta, deesi aver considerazione del valore della cosa al tempo del contratto, quando questa sia peggiorata; se vi fu vantaggio, a quello della evizione. Tali meschine distinzioni provennero dalla erronea intelligenza, che Pothier si ebbe del dritto Romano, il quale distinguo pure l'uno o l'altro momento, ma soltanto in ciò, che per un'azione *ex pacto* è da abbadare al tempo *pacti*, per quella *ex natura negotii* allo stato della cosa al momento della evizione.

La semplice perdita della lite nel possessorio si considera come evizione (9). La minaccia della evizione da dritto all'altra parte di non adempiere alla sua obbligazione, finchè non le si dia la cauzione, e quando l'evizione sembra certa, rende nullo tutto il contratto (10).

Il venditore istesso non può naturalmente evincere, e quando egli si riserbi un tal dritto, sarà nullo come un *pactum turpe* (11) (b).

La *litis denunciatio* non è assolutamente necessaria, l'inosservanza di essa però nuoce, quante volte il debitore sia al caso di pruovare, che sarebbesi guadagnata la lite col suo intervento (12). Del resto la *litis denunciatio* è sempre valida, quando è fatta, prima che la sentenza abbia acquistata forza di cosa giudicata, ed anche in appello; la quale regola toglie in vero al venditore il beneficio d'una *istanza*, ma nella realtà non gli nuoce, giacchè anche in appello gli

(1) Art. 1522, 1772, 1773, 1805, 1822, 1851, 1853.

(2) Pothier, *Du contrat de vente*, p. 48-120.

(a) *D.* l. I. *de evict.* (XXI. 2) (Ulpianus).

« *Sive tota res evincatur, sive pars, habet regressum emptor in venditorem. Sed cum pars evincitur, si quidem pro indiviso evincatur regressum habet pro quantitate evictae partis. Quod si certus locus sit evictus, non pro indiviso portio fundi, pro bonitate loci erat regressus. Quid enim, si quod fuit in agro pretiosissimum, hoc evictum est, aut quod fuit in agro vilissimum? Aestimabitur loci qualitas, et sic erit regressus* ».

(3) Art. 884, 1440, 1547, 1626, 1689-1701, 1704-1707, 1845.

(4) Art. 1694.

(5) Nell'art. 1891 — Thibaut, Pand. §. 484.

(6) Art. 1636-1638, 2178, 2191. — Thibaut, §. 485.

(7) Art. 1107, 1147, 1891. — Thibaut, §. 486.

(8) Art. 1631, 1633, 1637. — Birbaum, *Jurisprud.* T. I. p. 336-343.

(9) Art. 1625.

(10) Art. 1184. — Brauer, *Comm.* parte V. p. 81.

(11) Art. 1125, 1628.

(b) *D.* l. 17, *de evict.* (XXI. 2) (Ulpianus).

« *Vindicantem venditorem rem, quam ipse vendidit, exceptione doli summovere posse, nemini dubium est, quamvis alio jure dominium quaesierit. Improbe enim rem a se distractam evincere conatur. Eligere autem emptor potest, utrum rem velit retinere; intentione per exceptionem elisa, an potius re ablata ex causa stipulationis duplum consequi* ».

(12) Sulle formalità necessarie a tal proposito è da vedere. Cod. di Proc. art. 175-185.

è lecito opporre tutti i possibili e nuovi mezzi di difesa (1): varie però sono le opinioni a tal proposito.

Il Codice ammette pure il *pactum de non praestanda evitione;* ma per semplice sconsideratezza ed anche contro l'opinione di Ulpiano aggiunge, che il compratore possa sempre reclamare la restituzione del prezzo (2).

§. 157.

7) *Garanzia per i vizii, o per mancanza delle qualità promesse.* Il Codice à seguito a tal proposito il principio Romano, che si possa intentare azione per i vizii della cosa venduta, esercitando il compratore a suo arbitrio sia l'*actio redhibitoria*, o quella *quanti minoris* (3), potendosi nel solo caso del *dolus* reclamare i danni ed interessi, altrimenti la sola restituzione.

È specialo del Codice quanto segue: quando siasi in generale convenuto, che il venditore non risponde dei vizii fortuiti della cosa venduta, egli è esente da qualunque garanzia (4). Non ammettesi alcuna garanzia in tutte le vendite pubbliche (5). Nessuna ragione giustifica una tale disposizione (6), ma dalla esposizione di Maleville scorgesi (7), che gli Autori del Codice per errore applicarono a tutte le azioni un principio esorbitante del dritto Romano sulle vendite fiscali.

§. 158.

8) *Obbligazione di non ledere i dritti altrui più della metà.* Questa non è stata generalmente riconosciuta nel Codice (8), ed era stata rigettata per legge del 14 *Fructidor*, an. III. ma dopo una prolungata discussione fu ammessa in due soli casi, ossia nelle divisioni ereditarie per una *laesio ultra quartam*, giacchè scopo di queste è l'eguaglianza (9), e nella vendita degl'immobili, ma soltanto a vantaggio del compratore, giacchè facilmente potrebbe questi essere indotto dal bisogno a vendere qualche cosa per un prezzo minimo (10). Perchè tutta questa dottrina si fonda sul principio delle presenti necessità del venditore, fu opinato conseguentemente, che la conoscenza, che questi si abbia della lesione, e la sua rinunzia nel contratto non escluda l'azione *rescissoria* (11).

Il Codice contiene però a tal proposito qualche cosa di speciale: A. La misura della lesione non è doppia, ma il 7/12 (12). B. La pruova della lesione può aversi soltanto per perizia (13), sebbene contro una tale imprudenza si fosse variamente protestato nella discussione. C. Il compratore può sottrarsi alla rescissione pagando 9/10 del valore reale dell'immobile venduto (14). Questo strano espediente fu escogitato, sol perchè intendevasi accontentare Napoleone, il quale opinava, che fosse bastante pagar tanto, quanto era necessario per evitare la *laesio enormis*. D. L'azione *rescissoria* può anche intentarsi contro il terzo possessore (15), ed è ciò conseguente, giacchè una tale dottrina è fondata sui medesimi principii, dai quali è regolata quella della violenza e del timore. E. Non ammettesi l'azione rescissoria contro i contratti conchiusi coll'intervento del potere giudiziario (16), giacchè in questi non può supporsi alcuna possibilità di violenza.

§. 159.

9) *Durata e trasmissione agli eredi.* In questo il Codice si accorda interamente col dritto antico, ed anche in ciò, che non permette alcuna inosservanza dei contratti per cambiarsi delle condizioni, colle quali furono convenuti (17).

CONTRATTI CONSENSUALI

CONTRATTI PRINCIPALI.

§. 160.

1. *Contratto di vendita.*

Di questa s'intrattiene il Codice diffusamente (18), giacchè vi furono frammiste mol-

(1) Cod. di Proc. art. 464.—Birbaum, p. 1-13.
(2) Cod. Civ. art. 1629. — Thibaut, *Pand.* §. 492.
(3) Art. 1184, 1641-1649, 1790, 1792, 1891. — Thibaut, *Pand.* §. 493.
(4) Art. 1643.
(5) Art. 1649.
(6) Al che pruovossi Brauer, *Comm.* III. p. 554, 555.
(7) Maleville, Analyse all'art. 1649.
(8) Art. 1118, 1706, 2052.
(9) Art. 887.
(10) Art. 1674-1684.
(11) Art. 1674, 1683.
(12) Art. 1675.
(13) Art. 1678-1680.
(14) Art. 1681.
(15) Art. 1681.
(16) Art. 1684.
(17) Art. 1122, 1889.—Thibaut, *Pand.* §. 504
(18) Art. 1582-1701.—Zacharia, parte II, p. 362-389 — Thibaut *Pand.* §. 507-510 — La ven-

le cose, che come *generalia* trovansi già accennate nel §. 58 §. 143—151, o potranno essere trattate, quando sarà parlato delle cause, per le quali la vendita si risolve: il resto, chiaramente determinato, è quasi al tutto Romano. Il Codice contiene di speciale quanto segue:

1) Un espresso *pactum de vendendo* vale come vendita (1), ed il semplice consenso trasmette la proprietà senza che vi abbisogni la tradizione anche quando siasi contratto a credito (2).

2) La capacità di comprare e vendere (3) non fu così determinata dagli Autori del Codice come da Giustiniano, ma vi occorrono dei divieti particolari relativi ai coniugi, ai tutori, ed ad alcuni funzionarii pubblici. Altre piccole specialità del Codice leggonsi chiaramente espresse negli art. 1615, 1617, 1623.

§. 161.

II. *Contratto di locazione.*

1) Il Codice ne tratta diffusamente prendendo in considerazione molte particolari consuetudini, dalle quali originaronsi non poche specialità. Del resto è un grande errore il non avere anticipati i principii generali e relativi ad ogni particolare contratto, avendo ciò fatto solamente per quello di locazione delle case o delle cose; il quale errore fu anche riconosciuto nella discussione sull'art. 1726: del resto molte cose importanti furono tralasciate, come la dottrina della *colonia partiaria;* a cui si accenna occasionalmente solo quando trattasi *du bail a cheptel* (4).

Sulle differenti specie di locazione deesi distinguere:

A. Relativamente alla locazione delle case e dei terreni sono nuovi i seguenti principii:

a) Se il contratto non fu ancora cominciato ad eseguire, la sua esistenza, per prevenire qualunque eccezione dilatoria, non potrebbe essere pruovata per testimoni, quand' anche la somma fosse minore dei 150 franchi (in contradizione della regola accennata nel §. 27); per contrario è decisivo sul prezzo convenuto il giuramento del locatore, se però l'inquilino non voglia piuttosto rimettersi per la determinazione del prezzo al giudizio dei periti (5) b). Non ammettesi più la *relocatio tacita*, ove siasi già lutimato il congedo, quando anche l'inquilino resti nel semplice possesso. In difetto d'un tale congedo la locazione dura, finchè lo comporti la consuetudine del luogo, e per i terreni (*bail à ferme*) per quanto è necessario per la coltura ed il godimento di essi (6) c). L'inquilino risponde di qualunque danno avvenuto per fuoco, quando non gli riuscisse pruovare, che ciò provenne da un caso inevitabile, ed *in solidum* con gli altri inquilini delle rimanenti parti della casa, se non possa pruovare che il fuoco incominciò altrove (7). Il fittaiuolo, come già accennammo nel §. 56, risponde del danno di coloro che abitano con lui, e dei *subaffittuali* (8) e). Il Codice non appone altre più speciali limitazioni alla libertà dell'inquilino e del colono f). Quando il fittaiuolo non apporti bastante *illata*, dovrà dare garanzia, ed in caso contrario, potrà esserne espulso (9).

B. Rispettivamente alla locazione delle case vi ha di particolarmente nuovo nel Codice: a) che il *subaffittuale* è obbligato direttamente verso il primo locatore fino alla somma convenuta nel subaffitto (10), e che gli obblighi delle riparazioni sono molto più precisamente indicati nel Codice, che nel dritto Romano (11).

C. Nel contratto di colonia vi à di nuovo, che il fittaiuolo può dimandare il minoramento della somma convenuta per affitto, solo quando fu perduta più della metà dei frutti in erba, e che anche quando alcuno prenda a proprio rischio i casi fortuiti, non vi s'intendano compresi i *casus insolitissimi* (12).

D. Sulla locazione d'opere e d'industria (*louage d'ouvrage et d'industrie*) leggesi di speciale quanto segue: a) Perchè non ammettesi più alcuna schiavitù, il contratto dee essere limitato ad un determinato tempo (13): b) Per prevenire qualunque ecce-

dita non è soggetta a formalità, sebbene l'art. 1582 produca alcun dubbio; ma dal discorso di Portalis rilevasi, ch'esso è riferibile ai soli mezzi di pruova.

(1) Art. 1589.

(2) Art. 1583 — Sui molti privilegi del venditore in concorrenza con altri creditori è da vedere gli art. 2102, 2103.

(3) Art. 1595-1597.

(4) Art. 1763, 1764.

(5) Art. 1715, 1716.

(6) Art. 1736-1738, 1759, 1774, 1775, 1776.

(7) Art. 1733, 1734.

(8) Art. 1735.

(9) Art. 1572, 1766.

(10) Art. 1753.

(11) Art. 1754-1757.

(12) Art. 1769-1771, 1773.

(13) Art. 1780.

zione dilatoria, è statuito, che debbasi prestar fede al giuramento del padrone, quando si quistiona sulla somma nel pagamento dell'ultimo anno e del corrente (1).

E. Sulla formazione di opere compiute (*devis* o *marchè*) leggonsi le seguenti ingegnose determinazioni: a) l'architetto risponde per 10 anni, quando anche il difetto provenisse dal terreno: b) Non può pretendersi alcun aumento di compenso anche quando il lavoro siasi protratto più a lungo di quello che fu preveduto, purchè l'aumento non sia stato convenuto per iscritto (2). Risponde pure del fatto di coloro, che egli vi adopera (3).

F. Relativamente al *bail à cheptel* (4) seguendo le consuetudini del Nord furono ammesse molte piccole specialità, non avendosi presenti i nuovi principj del Codice sul contratto di società; come per esempio l'ultima parte dell'art. 1811 contradice interamente al principio contenuto nell'art. 1554.

§. 162.

III. *Contratto di mandato.*

Vi sono ripetuti interamente i principj Romani (5) colla differenza principale, che il *dolus* non produce alcuna *infamia*, che il mandatario, che si adopera gratuitamente, non risponde della colpa leggerissima (6), che il mandante non possa reclamare per il *casus*, in cui il mandatario sia incorso nella esecuzione del suo mandato (7), e che più mandanti sono obbligati *in solidum* (8). Può anche considerarsi come un mandato speciale la *cessio*, di cui il Codice (9) à trattato in più luoghi, ma in un modo incompiuto. In generale può dirsi, che il Codice si uniforma al dritto antico sebbene vi si leggano molte specialità: delle quali sono osservabili le seguenti:

A. Secondo il Codice non è necessaria per la trasmissione di dritto una speciale Romana *cessio*, cioè, un particolare *mandatum ad agendum*, ed intende per cessione (*transport de creance sur un tiers*) la semplice cessione del dritto istesso.

B. Il Codice ammette pure il principio Romano, che la cessione non può essere forzosa; riconosce però alcune piccole eccezioni, nelle quali un dritto trasmettesi anche senza cessione (10).

C. Esso tace sulla grande ed antica quistione, quali dritti sono cedibili? sulla quale non può dirsi altro, senonchè sono cedibili tutti i dritti, quando non ne sia vietata la cessione per legge o per altre particolari disposizioni: sicchè non possonsi cedere quei dritti puramente personali, e che mancherebbero al tutto d'importanza nelle mani d'un terzo (come per esempio la riparazione d'onore), e quelli in fine, che furono concessi colla condizione espressa o tacita dell'esercizio proprio (11).

D. Relativamente al cedente la cessione è compiuta col solo consenso: rispettivamente al *debitor cessus* lo addiviene colla notificazione a farglisi, e per i terzi notificandola al debitore, o accettando questi la cessione in un titolo autentico (12).

E. Col dritto ceduto trasmettonsi al cessionario anche le parti accessorie di esso (13). Dovrà il cessionario rispettare le convenzioni fatte sulla cosa ceduta prima della cessione? È indubitato, ch'egli non vi è obbligato relativamente ai beni mobili (14); non può dubitarsi però del contrario, se trattasi per gl'immobili dei pesi reali ed immobiliari sulla cosa. Ma quale sarà il destino dei così detti dritti reali personali, come per esempio dell'affitto, del commodato ecc.? Il Codice risolve una tale quistione per l'affermativa in un luogo (15), ritiene però altrove la negativa (16). Anche nelle discussioni non fecesi attenzione ad una tale quistione; per rigorosa conseguenza dovrebbesi però affermare, che il cessionario debba rispettare le convenzioni fatte dal cedente.

F. Le antiche quistioni, se il cessionario possa giovarsi dei suoi proprj privilegi, e se sieno valide contro lui le opposizioni ammissibili contro il cedente non furono agitate nelle discussioni, e sono pure taciute nel Codice, e trovasene appena un cenno, quando è parola di opporre la compensazione (17).

(1) Art. 1781.
(2) Art. 1792.
(3) Art. 1797.
(4) Art. 1800-1831.
(5) Art. 1984-2010 — Zacharià *parte* II. p. 380-404, 501-512. Thibaut, *Pand.* §. 517.
(6) Art. 1992.
(7) Art. 2000.
(8) Art. 2002.
(9) Art. 1282-1288, 1689-1701. — Thibaut, *Pand.* §. 530.
(10) Art. 1250, 1251, 2029.
(11) Così per esempio l'*usus*, art. 631.
(12) Art. 1690, 1651, 2214.
(13) Art. 1692, 2112.
(14) Art. 1149, 2239, 2279.
(15) Art. 1664, 1681, 1743.
(16) Art. 1690, 2091.
(17) Art. 1295. — Thibaut, *Pand.* §. 534.

G. Sulla *lex Anastasiana* gli Autori del Codice manifestamente incorsero in errore per falsa intelligenza del dritto Romano. Questo vieta la cessione d' un' *actio litigiosa;* ma la *lex Anastasiana* è relativa a quella dei dritti non litigiosi, ed ordina, che colui, che come cessionario abbia comprato un credito, possa reclamare contro il *debitor cessus* soltanto per la somma del prezzo della compra. Tutto questo passò inosservato, sicchè fu ritenuta l'intera *lex Anastasiana* per le *actiones litigiosae* (1).

II. Il Codice non ammette alcun generale divieto *della cessio in potentiorem*, ma vi à qualche cosa di simigliante per i tutori, e per le persone addette ai Tribunali nel circondario della giurisdizione di questi (2). La libertà delle cessioni è pure limitata fra i conjugi (3).

§. 163.

IV. *Contratto di società.*

Una tale dottrina è rimessa al Codice di commercio (4), nel quale trovansi a tal proposito molte disposizioni. Si legge però qualche cosa di speciale nel Codice Civile:

1) Per prevenire qualunque sconsideratezza o *dolus*, non ammettesi la società di tutti i beni futuri (5), nè quella di tutti i beni presenti, quante volte le persone, alle quali si appartengonò, non potessero nè fare nè ricevere donazioni (6):

2) I *socii* sono illimitatamente risponsabili della *culpa*, sebbene nelle discussioni si fosse difesa la giusta idea Romana, che il *socius* non dovesse essere tenuto che alla *diligentia in concreto* (7).

3) Perchè il Codice non ammette la società di tutti i beni futuri, è pure conseguente (8), che la divisione dovesse farsi in proporzione della messa di ciascun socio. Ammettesi pure una differente convenzione (9), ma è al tutto vietata, come lo era per lo innanzi la così detta *societas leonina*, la cui natura è abbastanza indicata da un tale terribile nome (a).

4) I socj sono obbligati verso le terze persone solamente *pro rata;* ma perchè queste non possono conoscere le relazioni dei primi, non lo sono in proporzione della loro messa, ma della parte, che potrà spettare a ciascuno (10).

§. 164.

Sui contratti reali.

In confronto col dritto Romano debbonsi distinguere:

I. *Contratti reali nominati.*

1) *Mutuum*, *prêt de consommation* senza interesse, o *prêt à intérêt.* Anche qui ripetonsi gli antichi principj (11) seguendo l'errore di molti espositori, quali confusero le cose *fungibiles* con quelle che si conservano coll'uso. (§. 56). Il Codice nulla dice relativamente agl'interessi, giacchè gli Autori di esso rimettevansi ad una legge, che sarebbe stata pubblicata posteriormente, come accennammo nel §. 64.

2) *Commodatum (prêt à usage).* Il Codice ammette a tal proposito poche specialità, fra le quali è nuovo il concetto, che non possono essere obbietto del commodato le cose, che si consumano coll'uso (12), quandochè i Romani con molta verità opinavano, che tali cose potevansi restituire *in specie*, e che il *commodans*, anche quando ciò faccia gratuitamente, non sia dispensato dalla più stretta diligenza. Ciò avvenne per sconsideratezza, giacchè è detto, ch'egli risponda dei difetti solo quando sieno questi a sua conoscenza (13). Il principio che il commodatario non possa opporre la *exceptio retentionis*, fu voluto attribuire al dritto Romano dai cattivi espositori di esso (14).

(1) Art. 1691-1701 — Thibaut, §. 532, 535.
(2) Art. 450, 1595. — Muhlembruch, *sulla cessione*. §. 20.
(3) Art. 1595.
(4) Nell'art. 1873—Zacharià, parte II. p. 445-464. — Sulla forma veggasi l'art. 1834, ma dal discorso di Treillard scorgesi, ch'esso è riferibile soltanto ai mezzi di pruova.— E da vedere pure Hutteau e Pothier, *du contrat de société*, p. 97.
(5) Art. 1837-1839.
(6) Art. 1840. — Riffé-Caubray, *Pand. Fran.* all'art. 1841. — Braner, *Comm.* III. p. 636.
(7) Art. 1850. — Thibaut, *Pand.* §. 540.
(8) Art. 1853.
(9) Art. 1855.

(a) *L. 29. §. 2. D. pro socio* (XVII. 2.) (Ulpianus).
« *Aristo refert, Cassium respondisse societatem talem coiri non posse, ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret; et hanc societatem leoninam solitum appellare. Et nos consentimus, talem societatem nullam esse, ut alter lucrum sentiret, alter vero nullum lucrum, sed damnum sentiret: iniquissimum enim genus societatis est, ex qua quis damnum non etiam lucrum spectet* ».
(10) Art. 1862-1864.
(11) Art. 1892-1908. Thibaut, *Pand.* § 545.
(12) Art. 1878. — Thibaut, §. 547-549.
(13) Art. 1891.
(14) Art. 1835. — Thibaut, §. 548.

3) *Depositum:* anche su questa materia leggonsi ripetuti nel Codice (1) gli antichi principj Romani: vi occorrono però le seguenti specialità:

A. Non ammettesi alcuna pruova per testimoni, quanto volte l'obbietto del deposito importi una somma maggiore dei 150 franchi; nel quale caso in difetto di scrittura, deesi prestar fede alle sole parole del depositario (2). Molti però opinano, che gli si possa deferire il giuramento.

B. Il depositario non ha dritto di usare della cosa, anche quando cose fungibili gli sieno date aperte, purchè una tale facoltà non gli sia stata espressamente concessa (3).

C. Il Codice nulla dice della punizione del *dolus:* riconosce al depositario il dritto di ritenzione per crediti che si connettono col deposito, ma non quello della compensazione (4).

4) *Pignus.* Di ciò tratteremo nel §. 205 215.

II. *Contratti reali innominati.*

Fra questi novera il Codice soltanto la permuta, che è pareggiata alla vendita (5). È rimessa alla scienza la trattazione di tutti gli altri contratti reali innominati.

§. 165.

Dei contratti litterali.

Il Codice non li riconosce in alcun modo; distingue però alcuni fatti, per i quali richiedesi per maggiore sicurezza una scrittura, come per esempio per il matrimonio, per l'ipoteca (6); ed è pure ben naturale, ch'esso permetta, che le parti facciano dipendere la validità d'un contratto dalla scrittura (7). La limitazione della pruova testimoniale alla somma di 150 franchi non contiene alcun contratto litterale; ma si riferisce solamente ai principj di procedura sulla pruova.

§. 166.

Pacta.

Il Codice non contiene naturalmente alcuna contradizione fra l'antico ed il moderno dritto civile, ma tratta più determinatamente dei contratti, ch'erano detti *pacta legitima.* Fra questi debbonsi noverare i patti matrimoniali, i dotali e le donazioni, dei quali fu parola nei §. 88 — 104, e ne tratteremo in seguito: ed anche il *receptum*, per il quale ripetonsi tutti i principj del dritto Pretorio (8), colla giunta che tutti i vetturali sono pareggiati nelle loro obbligazioni ai locandieri ed ai marinari.

§. 167.

I. *Pacta de contraendo.*

Per questi ammettesi un'azione, quando sieno precisamente determinati (9).

II. *Contratti di azzardo*, e

III. *Scommesse per giuoco.* Queste sono generalmente dichiarate nulle, ed allora soltanto valide quando il giuoco giovi all'esercizio del corpo e dello spirito: ma anche in questo ultimo caso il giudice dovrà rigettare qualunque reclamo che gli sembrasse esorbitante. La regola, che non ammettesi qualunque dimanda di restituzione di quello che siasi già pagato per una simigliante causa, si fonda sopra un principio proprio del Codice, che fu già dichiarato nel §. 10. Nel Codice Penale sono minacciati di pene severe i giuochi vietati (10), sebbene il più delle volte non sieno applicate nella pratica.

IV. *Pacta* che tendono a prevenire i giudizii:

1) *Pacta de non petendo.* Questi sono illimitamente permessi (11).

2) *Transazioni.* Il Codice ne parla soltanto relativamente alle liti (12). In molte cose segue la dottrina Romana; molte altre importanti ne lascia inosservate: è da osservare:

A. Interamente nuovo si è: a) che la transazione debba esser fatta in iscritto (13): che una transazione *de re judicata* valga quando sia fatta scientemente (14): c) che per transigere sugli alimenti non vi abbisogni alcuna autorizzazione giudiziaria; che non ammettesi alcuna transazione sullo scioglimento del matrimonio; che non si possa reclamare per lesione, e che non sia vietata la transazione sopra un testamento ignoto (per esempio non ancora aperto: d) che una transazione possa essere rescissa per la

(1) Art. 1915-1963. — Thibaut, §. 550.
(2) Art. 1923, 1924, 1950.
(3) Art. 1931, 1932.
(4) Art. 1293, 1948.
(5) Art. 1702—1707.
(6) Art. 96, 207, 208, 210, 242.
(7) Art. 1170, 1175.
(8) Art. 1782-1784, 1952. Thibaut, *Pand.* §. 570.
(9) Art. 1589,
(10) Cod. Pénal, art. 410.
(11) Cod. Civ. art. 1282-1288.
(12) Art. 2044. — Thibaut, §. 578.
(13) Art. 2044.
(14) Art. 2056.

scoverta di nuovi documenti, quante volte trattasi di transazioni particolari e non delle generali (1). Credettesi tradurre questa assurda distinzione dal dritto Romano, che in simili casi rigetta l'azione di rescissione anche nelle transazioni speciali (a).

B. Non trovasi nè anche accennata l'antica quistione sull'obbligo della evizione nelle transazioni. Seguendo le idee di Pothier il primo progetto attenevasi alla decisione Romana evidentemente giusta, che l'obbligo della evizione dovesse ammettersi, quando sieno evitte le cose date e non quelle rilasciate. Napoleone fu di opinione nelle discussioni, che anche in questo ultimo caso, la transazione dovesse aversi come nulla ed erronea, senza che egli ponesse mente, che il semplice errore sui motivi determinanti non è considerato come causa di nullità (§. 146.) Gli autori del progetto cancellarono interamente il loro articolo, e per malizia non ne sostituirono alcun altro nella speranza, che per mezzo del Codice potesse insinuarsi nella pratica la retta idea di Pothier.

3) *Scelta d'un arbitro.* Di ciò trattasi nel Codice di Procedura (2).

4) *Giuramenti stragiudiziali.* Di questi non è parola nel Codice, non riconoscendo alcuna importanza ai giuramenti privati.

CONTRATTI ACCESSORII.

§. 168.

Alcuni di essi trovansi indicati nel §. 24, 37, 57, 95, 180, 206, 210; e qui crediamo necessario trattare soltanto dei seguenti:

I. *Novatio.* Il Codice (3) intende per *novatio* soltanto la così detta *novatio privativa*, e quello che vi à di nuovo si è (4), che per essa non richiedonsi *verba expressa*, e che il creditore conserva il dritto di regresso contro il *delegans*, quando abbia sospetto di frode, o che il *delegatus* sia già incapace di pagare al momento della *delegatio* (5).

II. *Constitutum debiti proprii.* A tal proposito fu ritenuto l'antico principio (6).

III. *Intercessio.* Il Codice ritiene come specie di questa l'obbligazione solidale, di cui fu parola nel §. 43, e la garantia (7): non vi ha alcun principio generale: si osserva però (8), che l'*intercedens* non abbisogna più del *beneficium cedendarum actionum*; giacchè egli è surrogato al creditore col solo fatto del pagamento. Il Codice non à tratto al cun profitto dal *Senatusconsulto Vellejano* (b), ma lo voleva abolito col silenzio. Per quanto riguarda la garantia il Codice: 1) ha riconosciuta al garanti la *excussionis et divisionis*, ma con piccole modificazioni (9). 2) Il garante può dopo 10 anni giovarsi del beneficio della esenzione dalla garanzia (10).

IV. *Pactum reservati dominii et reservatae hypothecae.* Di questo non è parola nel Codice.

V. *Pactum protimiseos.* Valgono gli antichi principii.

VI. *Pactum de retrovendendo.* Questo è ammesso (11), ma colle seguenti novelle determinazioni: 1) Un tal patto essendo considerato come di ostacolo al libero movimento della proprietà, dee essere limitato a soli cinque anni. 2) La *resolutio* è operativa contro i terzi, e contro i compratori posteriori. L'antica quistione, se il compratore nel dubbio debba restituire soltanto quello, che trovasi d'aver ricevuto, è risoluta affermativamente (12).

VII. *Addictio in diem.* Anche di questa non è parola.

VIII. *Lex commissoria.* Il Codice ne parla espressamente soltanto in occasione del pe-

(1) Art. 2057.

(a) C. It. t. 5. p. l. 19.

« *Sub praetextu instrumenti post reperti transactionem bona fide finitam rescindi, jura tamen non patiuntur* » l. 29. » *Sub praetextu speciarum post repertarum generali transactione finita rescindi prohibent jura* ».

(2) Cod. de Proc. art. 1003-1028.

(3) Art. 1271.

(4) Art. 1271-1281.

(5) Art. 1276.

(6) Art. 1338, 1339. — Thibaut, *Pand.* §. 597.

(7) Art. 2011-2043. — Zachariä, parte II. p. 524-528.

(8) Art. 1551, 2029.

(b) *L. 2. §. 1. D. ad S. C. Vell.* (XVI. I.) (Ulpianus.).

« *Postea factum est Senatusconsultum, quo plenissime foeminis omnibus subventum est, cujus Senatusconsulti verba haec sunt. — Quod Marcus Silanus et Vellejus tutor consules verba fecerunt de obligationibus foeminarum, quae pro aliis reae fierent, qui de ea re fieri oportet, de ea re ita consuluerunt. Quod ad fidejussiones, et mutui dationes pro aliis, quibus intercesserint foeminae, pertinet: tamensi ante videtur ita jus dictum esse, ne eo nomine ab his petitio, neve in eas actio detur, cum eas virilibus officiis fungi, et ejus generis obligationibus obstringi non sit aequum, arbitrari Senatum, recte atque ordine facturos, ad quos de ea re in jure aditum erit, si dederint operam ut in ea re Senatus voluntas servetur* ».

(9) Art. 2023-2026, 2042, 2043. — Thibaut, §. 609.

(10) Art. 2032 n. 5.

(11) Art. 1659-1673. — Thibaut, §. 616.

(12) Art. 1659.

gno, come sarà pruovato nel §. 207, e vi si accenna anche di passaggio nella vendita (1).

IX. *Pactum displicentiae.* Di questo non leggesi alcuna cosa di particolare nel Codice.

SEZIONE II.

§. 169.

Dei delitti.

Perchè la dottrina della riparazione dei danni fu trattata nel §. 63, e perchè il Codice, secondo che osservammo nel §. 24, non riconosce le *privatas poenas*, così niente altro ci rimane a dire in questo luogo dei delitti. Il Codice avrebbe dovuto forse espressamente abolire l'azione, che i Romani addimandavano *conditio ob turpem causam:* ora si può dire solamente, che siccome ogni contratto turpe è considerato come nullo (2), così colui che à pagato per motivi turpi ed illegali può esercitare contro il possessore le medesime azioni, che si potrebbero intentare contro chi non è proprietario, sia che quegli fosse o pur nò *in turpitudine*. Se però si paghi un *debitum naturale* non obbligatorio, non ammettesi alcun reclamo di restituzione, anche quando siasi ciò fatto per errore, ma liberamente.

SEZIONE III.

§. 170.

Sulla origine dei dritti personali per altre cagioni.

È molto strano che il Codice ritenga l'antica distinzione delle obbligazioni relativamente alla loro origine *in quasi contractus* e *quasi delicta*, dandone poi una definizione, che manca al tutto di senso (3). È da distinguere:

I. *Quasi contractus.* Il Codice à riconosciute le reciproche obbligazioni del tutore e del minore, delle parti condividenti; e di colui che è gravato del pagamento d'un legato (§. 133, 137, 250) ed anche gli altri *quasi contractus*, ed in ispecie:

1) La *negotiorum gestio.* Vi sono ripetuti gli antichi principii (4), ma s'impone al *gestor* quella medesima diligenza, che dalle discussioni rilevasi essere applicabile al solo caso, che alcuno per amicizia o per necessità provveda ai bisogni altrui: è pure obbligato il *gestor* a compiere l'opera cominciata, fatta eccezione dei casi espressamente indicati (5).

2) *Condictio indebiti.* Anche qui sono ripetuti gli antichi principii, ma senza le particolarità Romane, colle specialità però, che un *debitum naturale* legalmente pagato escluda la *condictio indebiti;* la quale regola si fonda sopra un principio speciale del Codice (§. 10).

II. *Quasi delicta.* Il Codice a tal proposito non ripete (6) quello che leggesi nel dritto Romano; vi si aggiunge però qualche cosa nel Codice di procedura, e penale sulle obbligazioni del giudice e sulla dinegata giustizia (7).

III. Altre specie.

1) *Actiones noxales* a cagione degli schiavi. Il Codice le rigetta, perchè non riconosce alcun dritto di schiavitù sul continente. Vi sono però sostituiti ordinamenti severi per rapporto ai domestici (8).

2) *Actio de pauperie.* È qui pronunziato il novello principio (9), che ogni proprietario d'un animale, e chiunque, alla cui custodia sia affidato, risponde illimitatamente di qualunque danno, che provenga da questo, ed anche d'un *damnum secundum naturam datum.* Molto più giusta è la giunta, che il proprietario d'un edificio debba pagare il danno, che questo cagionò sia per ruina sia perchè male edificato o conservato (10).

3) Dovere di seppellire. Di ciò è detto qualche cosa sol di passaggio (11).

4) *Pollicitationes.* Il Codice ragionevolmente non riconosce a queste alcuna forza obbligatoria.

5) *Lex Rhodia de jactu* (a). Il Codice di

(1) Art. 1656.
(2) Art. 1131, 1133.
(3) Art. 1370. — Thibeant, *Pand.* §. 626.
(4) Art. 1372-1375. — Thibaut §. 628.
(5) Ciò rilevasi dalle discussioni sugli articoli 1372, 1373.
(6) Art. 1382-1386 — Thibaut, §. 636.
(7) Cod. di proc. art. 505-525. Cod. Pen. art. 471.
(8) Art. 1384.
(9) Cod. Civ. art. 1385.
(10) Art. 1386.
(11) Art. 385, 2101.
(a) *L.* 1. §. 2. *pr. D. h. t.* (XLV. 2.) (Paulus) « *Lege Rhodia cavetur, ut, si levandae navis gratia jactus mercium factus est, omnium contributione sarciatur, quod pro omnibus datum est. Si, laborante nave, jactus factus est, amissarum mercium domini, si merces vehendas locaverant. ex locato cum magistro navis agere debent: is deinde cum reliquis, quorum merces salvae sunt, ex conducto, ut detrimentum pro portione communicetur, agere potest. Servius quidem respondit, ex locato agere cum magistro navis debere, ut caeterorum vectorum merces retineat, donec portionem damni praestent. Immo, et si retineat merces magister, ultro ex locato habiturus est actionem cum vectoribus. Quid enim*

commercio ne tratta secondo i principii Romani (1). In fine:

6) *Condictio sine causa*. Questa è considerata conformemente al dritto antico (2): ma secondo quel che fu accennato nel §. 10, ammettonsi alcuni principii speciali, quando un *debitum naturale* viene annullato per dritto civile.

PARTE TERZA

DEI DIFFERENTI MODI, ONDE SI ESTINGUONO LE OBBLIGAZIONI.

§. 171.

Di alcuni fu parola nei §§. 23, 163, 167, 168; è perciò, che abbiamo ora a ricordare soli quelli, dei quali non trattammo.

§. 172.

Il modo principale, onde estinguonsi lo obbligazioni è secondo il Codice la *solutio*, la quale è regolata interamente dai principii Romani (3).

Vi si legge di speciale quanto segue: 1) esso nelle *obligationibus faciendi* ammette per difetto d' adempimento soltanto un' azione d' indennità (4); 2) si rigetta interamente il meschino *beneficium dationis in solutum* di Giustiniano (5): 3) è fatta facoltà al giudice di accordare dilazioni senza fissare a tal proposito alcuna regola certa (6): 4) non si riconosce alcun *beneficium competentiae*, senonchè sono dichiarato esenti da sequestro alcune cose, come il letto e gli abiti del debitore (7). Sul così detto *beneficium competentiae ex persona tertii* vi à una disposizione (8), dalla quale seguirebbe la regola, che un terzo potrebbesi opporre al sequestro d' una cosa, solo quando ne avesse fatta donazione al presente debitore colla condiziono di non poter essere sequestrata. 5) Sul luogo del pagamento, è ordinato (9), che ove nulla sia espressamente convenuto, una promessa *species* debba darsi nel luogo, dove trovasi al tempo del contratto, ed il prezzo d' un obbietto venduto nel medesimo luogo dove questo dee essere consegnato, altrimenti si adempierà al pagamento nel domicilio del debitore. Quando fu convenuto, che il pagamento debba farsi in più luoghi, sono applicabili i principii Romani fatta eccezione delle disposizioni particolari, che la *mora* tolga il dritto di eleziono, e che il giudice per una certa equità possa cambiare il luogo del pagamento. 6) Sulle monete che debbonsi dare in pagamento prevalgono gli antichi principii (10). Molti punti importanti rimasero però indecisi, ed in ispecie se fosse vietato restituire grandi sommo in piccole monete. Se il valore è differente secondo i diversi luoghi, si avrà riguardo a quello del luogo, dove sarà fatto il pagamento; nelle *obligationibus restituendi* però in difetto di convenzione la restituzione sarà fatta nel luogo, dove la somma fu ricevuta (11). 7) Pagamento di più debiti e pruova del pagamento. a) Sul primo punto sono ripetuti nel Codice i principii Romani (12). Ne discorda questo solo in quanto non permette che s' imputasse prima sul capitale, e poi sugl' interessi, e che non basti la semplice dichiarazione del creditore, quando non fosse assentita dal debitore, coll' essersi per esempio ricevuta una quitanza. b) Sulla pruova del pagamento

si vectores sint, qui nullas sarcinas habeant: plane commodius est, si sint retinere eas. At si non totam navem conduxerit, ex conducto aget, sive vectoras, qui loca in navem conduxerunt: aequissimum enim est commune detrimentum fieri eorum, qui propter amissas res aliorum consecuti sunt, ut merces suas salvas haberent ».

(1) Cod. di Comm. lib. II. tit. 11. 12. — Thibaut. §. 641-644.

(2) Cod. Civ. art. 1131. — Thibaut, §. 645.

(3) Art. 1235-1248, 1253-1256, 1609, 1651, 1895-1837, 1913. — Thibaut, §. 647. 666.

(4) Art. 1142.

(5) Art. 1243.

(6) Art. 1244.

(7) Cod. di proc. art. 591-594.

(8) Cod. civ. art. 1981.

(9) Art. 1247, 1248, 1609, 1651, 1943.

(10) Art. 1855-1857. — Thibaut, §. 657-659.

(11) Art. 1963.

(12) Art. 1253-1256. — Brauer, *Comm.* parte V. p. 43. — Thibaut, §. 664.

trattasi sì diffusamente, che in questa occasione è svolta l'intera parte della procedura, che tratta dei mezzi di pruova. Debbonsi qui accennare i seguenti punti. Il Codice non riconosce alcuna delle presunzioni Romane, che non ostante una quitanza si possa nondimeno presumere, che non siasi pagato. Ammette per contrario molte altre speciali presunzioni di pagamento (1). Al tutto nuovo per la Germania, sebbene conforme all'Ordinanza del 1566 è il principio sommamente importante, e che si fonda sopra una diffidenza verso l'umana natura (2), che per regola generale, fatta eccezione dei casi di necessità non possa pruovarsi per testimoni una obbligazione che importi una somma maggiore di 150 franchi.

§. 173.

Sulla dottrina del deposito del debito, che fa parte di quella del pagamento ripetonsi interamente gli antichi principii (3): s'incorse però (come osservammo nel §. 29) nell'errore di confondere la *mora creditoris* coll'estinzione del debito per *depositio*.

§. 174.

Gli altri modi, onde estinguonsi le obbligazioni sono nel loro rapporto col dritto Romano i seguenti:

1) *Mutuus dissensus*. È ammesso espressamente (4).

2) *Acceptilatio*. Di questa non è parola nel Codice.

3) La morte. Vi si ripetono gli antichi principii, colla modificazione però, che per la società e per il mandato può convenirsene la continuazione per gli eredi. Il Codice dichiara inoltre valido il fatto del mandatario fino a che non abbia notizia della morte del mandante.

4) Per dissenso di una delle parti. Ciò ammettesi dal Codice come dal dritto antico, quante volte non torni a danno delle terze persone per i seguenti motivi (5): a) quando sono cambiate le condizioni, ed in specie quando una persona, che non debba sopportare il danno fortuito (§. 155) non possa esser soddisfatta dell'obbietto promesso (6): b) quando sorge per il *commodans* un bisogno improviso della cosa commodata (7). Il Codice ritiene qui ragionevolmente una dottrina contraria a quella dei principii Romani: c) per sopravvenienza di figli al donatore (8): la quale regola erroneamente fu voluta attribuire al dritto Romano, che ammetteva un tale arbitrio nel solo caso che il patrono donava qualche cosa al suo liberto: la donazione può essere pure rivocata, come anche per dritto antico, per ingratitudine, e di ciò sarà più ampiamente parola nel §. 242. Leggesi nel Codice il novello principio (9), che colui, verso il quale non si adempia a quello che fu promesso, o delle cui cose si abusi, può dimandare la risoluzione di tutta l'obbligazione.

5) Estinzione del dritto del concedente. Qui il Codice contiene il novello principio, che nel dubbio la vendita non risolva l'affitto (10).

6) Concorso di modi lucrativi di acquistare. Il Codice non riconosce un tal modo di estinzione delle obbligazioni.

7) Estinzione delle obbligazioni accessorie colle principali.

Qui si limita il Codice al principio Romano (11).

8) Compensazione. Anche il Codice ammette questa *ipso jure*, secondo il dritto Giustinianeo, fatta una piccola eccezione (12). Esso però scorgo nel concetto della compensazione la condizione, che la somma dovesse essere liquida (13), abbenchè molto più consegnentemente avrebbe dovuto dire, che la non liquida *exceptio compensationis* dovrebbe essere noverata fra quei giudizii sommarii, nei quali non ammettonsi opposizioni. A ciò si connette nel Codice lo strano principio, che si possano compensare col denaro le prestazioni in grano ed in derrate, il cui prezzo è fissato *par les mercuriales*. Quando si confronta il discorso di Bigot coll'articolo 1291, e quando si ponga mente, che il secondo principio di questo art. che non contenevasi nel secondo progetto, e che fu aggiunto senza discussioni, poichè il Tribunale di Tolosa ne avea fatta la

(1) Art. 1569, 2275 — Thibaut, §. 665.
(2) Art. 1341, 1348.
(3) Art. 1257-1264.—Brauer, parte III. p. 193, 194. — Zachariä, parte II. p. 225-228 — Thibaut, *Pand.* §. 666.
(4) Art. 1134. — Thibaut, *Pand*, §. 667.
(5) Art. 1869-1871, 2003-2009. — Thibaut, §. 670.
(6) Art. 1722-1724.
(7) Art. 1769, 1889.
(8) Art. 222, 223.
(9) Art. 1184.
(10) Art. 1742-1751.
(11) Art. 1227, 1287, 1299, 2180. — Thibaut, §. 675.
(12) Art. 1290, 1291. — Thibaut, §. 676.
(13) Art. 1291.

osservazione, che dovessero pareggiarsi alle liquide le somme, che benchè non lo fossero, erano però ben tosto per addivenir tali, è molto probabile, che s' intendesse soltanto dire, che si dovesse considerare come liquido un credito per frumenti e derrate, quante volte il prezzo fosse già fissato nelle mercuriali.

Un termine di grazia non toglie il beneficio della compensazione (1). Il Codice non à generalmente annullate le Romane *causas privilegiatas*, ma à negata l' *exceptio compensationis* al ladro, al depositario, al commodatario, ed a colui, il quale è obbligato a pagare gli alimenti (2).

§. 175.

Merita speciale considerazione:

9) *La restituzione:* a tal proposito è da osservare: A. Un contratto può essere impugnato o per equità con un' azione rescissoria, o perchè fin dalle prime era esssenzialmente nullo (3). B. Quando un contratto è dichiarato nullo, la cosa può essere reclamata contro un terzo possessore secondo le regole della *rei vindicatio* (4). C. In confronto col dritto antico debbonsi distinguere le seguenti specie di restituzione:

a) *Restitutiones civiles:* 1) per eccessiva lesione: è questa limitata secondo il §. 158 a pochi casi: 2) contro le decisioni giudiziarie; a tal proposito è muto il Codice: 3) per pruova della falsità del giuramento; un tal mezzo è espressamente rigettato (5): 4) per *intercessio* della moglie; anche di ciò non è parola nel Codice, perchè questo secondo il §. 168 non ammette il *S. C. Vellejanum:* 5) a favore dei maggiori per le non accettate credità. Secondo il §. 251 un tal dritto è commune, sebbene limitatamente, a tutti gli eredi.

b) *Restitutio aedilitia.* Qui vale secondo il §. 151 il dritto Romano (6).

c) *Restitutiones praetoriae:* 1) a causa di violenza; in ciò il Codice (§. 148) à seguito il dritto Romano: 2) a causa d' inganno; anche qui (§. 147) valgono i principii Romani: 3) per minore età. A tal proposito è predominante nel Codice il principio, che i minori sotto tutela, e quelli emancipati o interdetti possano dimandare la restituzione per semplice lesione (7). Un tal mezzo non ammettesi: *a*) quante volte sieno accusati di *delicto* o *quasi delicto*. La semplice affermazione del minore però, ch'egli sia maggiore, non è considerata come delitto, giacchè si suppone piuttosto, che la parte contraria ne fosse maliziosamente consapevole (8): *b*) quando incorsero in errore in quegli affari, per i quali erano pubblicamente antorizzati (9), come pure per i contratti di matrimonio legalmente convenuti (10): *c*) se furono osservate tutte le formalità necessarie per la vendita d'un terreno, o d'una eredità (11): *d*) quante volte la restituzione tornasse a molto disvantaggio del minore, e di ciò alcuni esempii sono indicati nel Codice (12). Qui cade l'acconcio di osservare, che il Codice non riconosce alle corporazioni i *jura minorum*.

4) *Ob capitis deminutionem*; di questa il Codice non poteva far menzione, giacchè non ammette più alcuna *capitis deminutio minima*. 5) Per assenza. Questa non è considerata nel Codice come causa di restituzione (13); sono quindi inapplicabili i principii Romani.

(1) Art. 1292.
(2) Art. 1293. 1298.
(3) Art. 1109-1117, 1304-1314. — Thibaut, §. 680.
(4) Art. 1183, 1681, 2125. Una tale differenza dal dritto antico è molto strana ed inconseguente.
(5) Art. 1363.
(6) Thibaut, §. 493-499, 685. II. 1.
(7) Art. 1304-1314.
(8) Art. 1307, 1310.
(9) Art. 1308.
(10) Art. 1309.
(11) Art. 1814.
(12) Nell'art. 462, 912, 1070, 1074, 1663, 2195.
(13) Art. 1313. Thibaut, §. 694, 695.

LIBRO QUARTO

Dritti reali sulle cose

§. 176.

Il Codice riconosce i dritti reali sulle cose secondo la dottrina Romana, senza però distinguere fra la *vindicatio diretta*, e la *utilis*. Dubitossi soltanto se fra quelli esso vi noveri anche l' enfiteusi, e di ciò sarà parola nel §. 178, 204.

PARTE PRIMA

SUI DRITTI REALI, CHE NON ÀNNO PER OBBIETTO UNA UNIVERSITAS.

SEZIONE I.

DELLA PROPRIETA'.

§. 177.

I. Natura della proprietà.

Il Codice traduce le antiche idee sulla proprietà: è quì da distinguere:

1) Rispettivamente alla natura della proprietà considerata nei suoi principii generali il Codice à seguita l' antica dottrina, che la proprietà d' una cosa si estenda agli accessorii tutti di essa, alla colonna di aria che poggia sul suo suolo, ed anche a tutto quanto giaccia al di sotto di questo (1). Interamente nuova è la disposizione, che ogni proprietario d'un pascolo comune possa sottrarsi alle pretensioni d' un altro chiudendo i suoi campi ed assicurando in tal modo la propria quiete, purchè egli stesso rinunzii alle sue pretensioni (2). Sulle azioni che garantiscono ogni proprietà, può osservarsi quanto segue:

A. Il Codice à pure riconosciuta la *rei vindicatio*, ma nel seguente modo: a) non possonsi rivendicare i mobili, se non nel caso che sieno perduti o involati (3). Un tale principio fu tratto da molte consuetudini, giacchè non era riconosciuto nell' antico dritto: non si è però sempre conseguente ad esso (4); fu quindi necessario svolgerlo nei particolari. b) Della procedura nulla è detto, e l' antica quistione della pruova nella *rei vindicatio* è rimessa interamente alla scienza; deesi però indubitatamente e per rigorosa conseguenza affermare, anche per dritto Romano, che è necessario, che l' acquisto del dritto di proprietà sia pienamente pruovato dal vindicante, giacchè è questa una conseguenza del concetto della proprietà. c) Obbietto della restituzione è la cosa principale cogli accessorii, e con i frutti pendenti (5). Il *bonae fidei possessor*

(1) Art. 544, 546, 548, 552, 672. — Thibaut, §. 700.

(2) Al tutto irragionevole è perciò l'opinione di molti, i quali negano questo medesimo dritto alle communità, o non vogliono permetterlo quando siasi acquistato come una servitù.— Lassaulx, parte III. p. 25-253.—Brauer, *Comm.* parte VI. n. 31.

(3) Art. 2279.

(4) Art. 568, 570, 572-574. — Planck, *della prescrizione*, p. 23-59.

(5) Art. 520, 546, 551, 553.

ritiene i frutti raccolti, il *malae fidei possessor* è obbligato pagarli, quando sieno consumati, ed è pure tenuto a cedere i frutti *percipiendos* (1). d) Il debitore può per altro pretendere di essere compensato di quello che gli costarono i frutti a restituire, e di tutte le altre spese utili, come sarà pruovato nel §. 186, 187. Il Codice per altro non dice, che il possessore possa per contrario pretendere il prezzo pagato per la cosa; ne accenna nel solo caso, che la cosa rubata o perduta fosse stata comprata dal possessore all' asta, o al mercato publico, o da un' uomo di commercio, che faccia simili affari (2). Naturalmente formano quì eccezione anche i principii generali sulla *negotiorum gestio* o *in rem versio* (3).

B. *Actio publiciana* Di questa non fecero parola gli Autori del Codice: sicchè un tale reclamo come una semplice istituzione Pretoria e di equità non è più ammissibile (4).

C. *Actio communi dividundo*. Questa fu riconosciuta (5), ma con una grande specialità, che fu chiarita nel §. 50.

D. *Actio finium regundorum*. Il Codice è muto a tal proposito, ma un tal silenzio non nuoce, giacchè tutti i principii Romani derivano quì dalla natura stessa della cosa.

E. *Actio ad exhibendum*. Anche di questa tace il Codice. Quando una tale azione si riferisce al risarcimento dei danni, segue dai principii generali sui danni ed interessi, ed ove tenda a disgiungere o prendere una cosa dal terreno altrui, risulta dalla natura del reclamo di proprietà e dalle limitazioni di questa, delle quali sarà parola nel §. 178.

§. 178.

Limitazioni della proprietà.

In rapporto della durata il Codice riconosce pure un *dominium revocabile*, ed in ispecie *ex nunc et ex tunc;* ma si esprime dubbiamente, e nè anche accenna alla quistione principale, se la presunzione valga *ex nunc* o *ex tunc* (6). Esso pone, come sarà chiarito in appresso, molte limitazioni alla proprietà. Alcuni opinano però, che il Codice non ammetta il *dominium utile :* ma se nella discussione sull' art. 530 leggesi qualche dimostranza contro un affitto ereditario ed illimitato, giacchè si volle abolito ogni dritto feudale, il Codice però non lo dice espressamente; che anzi dalle parole della legge (7) può conchiudersi all' ammissibilità di esso. Si riconoscono pure le limitazioni assolute per un tratto di tempo, in quanto (§. 101, 106, 109.) i dritti della moglie sono interamente sospesi durante il matrimonio, ed il marito come capo di famiglia ne è frattanto il padrone provvisorio.

Limitazioni parziali. Il Codice perchè in molte cose avvantaggiossi *des droits coutumiers* novera una lunga serie di simiglianti limitazioni, delle quali alcune sono imposte dalla posizione dei luoghi, altre provenienti dalla legge (8). Nei paragrafi seguenti saranno destinte in quattro categorie, e conferite per quanto è possibile col dritto Romano.

§. 179.

Obbligazione del proprietorio di soffrire qualche cosa. Per i rami sporgenti è ordinato in un modo logico e conseguente, che il padrone della colonna di aria, su cui si stendono i rami dall' albero vicino, possa dimandare, che ne sieno tagliati: egli stesso però non potrebbe farlo (9). Manca nel Codice l' *interdictum de glande legenda*, probabilmente perchè non ammette (§. 177) alcuna vindicazione per i mobili. Riconosce per altro l' obbligazione di soffrire il corso naturale delle acque piovane (10), come anche quella di cedere qualche cosa per il publico uso per una somma corrispondente (11). Il Codice non ammette l'obbligazione di permettere agli altri lo scavo dei metalli, ma sì bene quella per i proprietarii limitrofi dei fiumi di lasciare il marciapiede (12), ed anche quella riconosciuta da molti dei nostri pratici (13), di concedere ad un altro il passaggio quando non potesse giungere per altre vie ai suoi territorii (14).

(1) Art. 549, 550, 1383.
(2) Art. 2280.
(3) Art. 1372-1375, 1798, 1864. — Thibaut, §. 710. 1.
(4) Lassaulx lo vuole però conservato, perchè giusto sebbene contrario alla legge, (parte III. p. 373, 378.
(5) Art. 1372-1375, 1686-1688. — Thibaut, §. 715, 716.
(6) Art. 929, 930, 952, 954, 958, 963, 1183, 1673, 2185. — Zachariä, parte I. p. 425-430. — Thibaut, §. 725.
(7) Art. 543. Zachariä, parte I. p. 438-441.
(8) Art. 545.
(9) Art. 672 — Thibaut, §. 728.
(10) Art. 640.
(11) Art. 545.
(12) Art. 556.
(13) Art. 682-685.
(14) È ben noto esser questo molto dubbio secondo il dritto Romano. — Thibaut, *Pand.* §. 767. 2.

§. 180.

Obbligazione del proprietario di non fare qualche cosa. L'obbligazione del proprietario di rilasciare per il prezzo corrispondente il proprio materiale, col quale si è fabbricato sopra un suolo altrui, è anche qui riconosciuta (1), ma non quella di soffrire i materiali altrui sul proprio suolo. Sulle limitazioni della libertà di fabbricare, il Codice à ammesse molte specialità, che saranno indicate nel §. 182, ed alcune piccole disposizioni che accennano al dritto consuetudinario e relative alla distanza da osservarsi per le proprietà limitrofe (2). È mantenuto l'antico dritto relativamente all'obbligazione di non alienare (3), come pure per quella di non rivolvere le acque piovane dal proprio edificio sulla proprietà altrui (4). È speciale del Codice l'equo ordinamento, che il proprietario debba lasciaro per un prezzo corrispondente le fonti che gli appartengono, e che servono all'uso d'un commune, e che non si possa cambiare il corso delle acque dal luogo donde sgorgano (5).

§. 181.

Obbligazioni positive del proprietario; fra le quali deesi noverar quella di fabbricare in modo, che qualunque difetto di costruzione non torni a danno del vicino; in caso contrario si può essere obbligato al pagamento dei danni (6). Un tale giusto ordinamento rende oziosa la Romana *cautio de damno infecto.* Sull'*actio aquae pluviae arcendae* è ripetuto nel Codice l'antico principio (7), senza essere osservate le giuste e delicate distinzioni Romane.

§. 182.

Obbligazioni positive e negative.

Il proprietario limitrofo può sempre pretendere dall'altro, che si pongano dei termini visibili fra i beni comuni (8). I muri, le fosse e le siepi sono nel dubbio considerate come proprietà comune, e come tale debbonsi pure mantenere a spese comuni (9). Ciascuno può pure sottrarsi ad un tale obbligo rinunziando a quella parte, che gli appartiene, ma non nella città e nei borghi, perchè qui il proprietario contiguo può essere obbligato alla costruzione d'un muro di separazione (10). Finchè le mura si appartengono ai due proprietarii, ciascuno può metterle a profitto, ed anche elevarle a maggiore altezza (11): ove appartenessero ad un solo di essi, può l'altro acquistarne la metà pagandone il valore corrispondente (12) Quando vi sieno più piani per una medesima casa i pesi saranno spartiti proporzionatamente (13). Nessuno può aprire finestre ed altri vani nei muri comuni (14); è lecito però farlo nel proprio muro: ma un tal dritto è molto limitato, come chiaramente è detto nella legge (15).

§. 183.

II. *Modi di acquistare la proprietà.*

Il Codice non ammette il principio Romano, che la proprietà si trasmetta colla tradizione reale della cosa alienata (16): vedonsi in gran parte ripetuti nel Codice i singoli modi Romani di acquistare; molte cose pure sono determinate con specialità.

§. 184.

1) *Modi di acquistare bilaterali.*

Rispettivamente alla vendita leggesi nel Codice la particolarità, che la proprietà si trasmette anche prima del pagamento del prezzo. Secondo il Codice nessuna trascrizione nei registri pubblici è necessaria per trasmettere la proprietà, e di ciò sarà parola più determinatamente nel §. 205.

§. 185.

2) *Modi unilaterali di acquistare.*

Non permettesi ai cittadini l'occupazione delle cose non occupate, giacchè simiglianti cose sono di pertinenza dello Stato (17). Fu riserbato però ad altro lavoro dare regole più precise (18), e la pratica fu mol-

(1) Art. 555, 555 — Thibaut, §. 728.
(2) Art. 671, 674.
(3) Art. 954, 1070, 1183.
(4) Art. 681.
(5) Art. 641-645.
(6) Art. 1386.
(7) Art. 640. — Thibaut, §. 735.
(8) Art. 646.
(9) Art. 653-655, 666-670.
(10) Art. 656-663.
(11) Art. 657-660, 662.
(12) Art. 661.
(13) Art. 664.
(14) Art. 675.
(15) Art. 676-680.
(16) Art. 938, 1583 — Thibaut. §. 736.
(17) Art. 713.
(18) Art. 714, 715, 717.

to più larga per quanto riguarda gli animali selvaggi, e gli oggetti, che il mare spinge alla riva.

§. 186.

Accessio. Il Codice è molto strano su questa dottrina. Deesi distinguere:

a) *Accessione volontaria* ed in ispecie:

1) *Adjunctio.* Il Codice riporta qui soltanto alcuni esempli per norma del magistrato, e decide della *adjunctio* nel seguente modo (1): il padrone della cosa principale acquista l'accessoria, quando sia divisibile, pagandone il prezzo. Ma se il valore di questa avanzasse quello della prima potrebbe il proprietario reclamarla, anche quando una tale disgiunzione nuoccia alla cosa principale (2).

Tutto quanto è fabbricato, piantato o collocato sul suolo altrui; si appartiene al proprietario di questo pagando il valore del materiale, ove ciò fosse stato fatto da lui stesso: se un terzo lo fece in buona fede, è nell'arbitrio del proprietario del suolo o di pagare la spesa, o tanto di quanto il terreno si è avvantaggiato, mentre per contrario quello di mala fede può essere obbligato alla distruzione delle opere compiute (3).

b): *Specificatio* (a):

Qui deesi distinguere: se la nuova *species* sia formata solamente da materiali altrui, si apparterrà nel dubbio al proprietario di questi pagando il valore della forma a colui che vi ha dato opera in buona fede; ma spetterebbe a questo per eccezione, ove la forma avanzasse di valore la materia dando il primo una simigliante materia o il valore (4). Quando la materia della nuova *species* si appartenga in parte allo *specificante* ed in parte ad un altro, e non sia facile disgiungerli, il tutto addiverrà proprietà comune senza avere in considerazione, ed è questo inconcepibile, del valore della forma (5).

§. 187.

Accessione naturale.

1) Dritto del proprietario sui frutti (6): 2) *alluvio* (b); a tal proposito vi è tradotto l'antico dritto (7): 3) *vis fluminis*, qui leggesi nel Codice la nuova disposizione che il dritto di reclamo per restituzione dura un solo anno; 4) L'aumento per il ritiro d'un acqua corrente spetta ai proprietarj limitrofi; eccettochè quando un fiume si ritiri interamente, e si formi un nuovo letto sul terreno di altre persone, nel quale caso si divideranno queste l'antico letto *pro rata* della perdita (8): 5) le isole che si formeranno nei fiumi navigabili o atti ai trasporti si appartengono allo stato, le altre ai proprietarj limitrofi (c): 6) I Colombi, conigli e pesci, che passino in una colom-

(1) Art. 565.
(2) Art. 564-565.
(3) Art. 554-555.
(a) l 25. J. de rer. div. (III). « *Cum ex aliena materia species aliqua facta sit ab aliquo, quaeri solet, quis earum naturali ratione dominus sit: utrum is, qui fecerit, an potius ille, qui materiae dominus fuerit: ut ecce, si quis ex alienis uvis, aut olivis, aut spicis vinum aut oleum aut frumentum fecerit, aut ex alieno auro, vel argento vel aere vas aliquid fecerit, vel ex alieno vino et melle mulsum miscuerit, vel ex medicamentis alienis emplastrum aut collyrium composuerit, vel ex aliena lana vestimentum fecerit, vel ex alienis tabulis navem, vel armarium vel subsellias fabricaverit. Et post multam Sabinianorum et Proculianorum ambiguitatem, placuit media sententia aestimantium, si ea species ad priorem et rudem materiam reduci possit, eum videri dominum esse, qui materiae dominus fuerit: si non possit reduci, eum potius intelligi dominum, qui fecerit: ut ecce vas conflatum potest, ad rudem materiam aeris vel argenti vel auri reduci, vinum autem, vel oleum aut frumentum ad uvas, vel olivas vel spicas reverti non potest: at ne mulsum quidem ad vinum et mel resolvi potest. Quod si partim ex sua materia, partim ex aliena speciem aliquam fecerit quis, veluti ex suo vino et alieno melle mulsum miscuerit, aut ex suis et alienis medicamentis emplastrum aut collyrium, aut ex sua lana et aliena vestimentum fecerit, dubitandum non est, hoc casu esse dominum qui fecerit cum non solum operam suam dederit, sed et partem ejusdem materiae praestiterit* ».
(4) Art. 570, 571, 576, 577.
(5) Art. 576.
(6) 546, 542.
(b) L. 7. §. 2. *D. de adq.* (XLI. 1. *Cajus*). « *Quod si vis fluminis partem aliquam ex tuo praedio detraxerit, et meo praedio attulerit, palam est, eam tuam permanere. Plane si longiore tempore fundo meo haeserit; arboresque, quos suum traxerit, in meum fundum radicem egerint, ex eo tempore videtur meo fundo acquisita esse* ».
(7) Art. 576. — Thibaut, §. 744.
(8) Art. 557, 558, 563.
(c) Art. 560, 561. *l.* 7. §. 3. *eodem.* « *Insula, quae in mari nascitur, (quod raro accidit) occupantis sit: nullius enim esse creditur. In flumine natas (quod frequenter accidit) si quidem mediam partem fluminis tenet, communis est eorum, qui ab utraque parte fluminis prope ripam praedia possident, pro modo latitudinis cujusque praedii, quae latitudo prope ripam sit, quod si alteri parti proximior sit, eorum est tantum, qui ab ea parte prope ripam praedia possident* ».

baja, conigliera e peschiera altrui si appartengono al proprietario di queste, quante volte non sieno stati attirati con arte o con frode (1). Ma perchè qui la frode è molto difficile a pruovare, si è preteso con una certa eleganza affermare, che la regola del Codice fosse applicabile soltanto ai colombi e conigli selvaggi (2).

§. 188.

Confusio et commixtio. Leggesi a tal proposito la seguente molto semplice decisione (3): quando una cosa avanzi di molto in valore un'altra, il proprietario della prima prenderà il tutto compensandone quello della seconda, altrimenti potrà dimandarsene la separazione, e se questa non torni possibile, sarà comune, la quale regola malamente si accorda coi principj sulla *specificatio* indicati nel §. 186.

§. 189.

Modi misti di acquistare per OCCUPATIO ET ACCESSIO *nella scoverta d'un tesoro.* La regola si è, che il tesoro si appartiene al proprietario del terreno. Ma quando avvenga ad un terzo di trovarvelo per caso fortuito, ed è a questo che il Codice molto stranamente limita il concetto di tesoro, ne spetterà la metà a colui che l'à trovato (4).

Gli autori del Codice naturalmente non riconobbero la confiscazione fiscale per l'uso delle arti magiche, per le quali Giustiniano era preso da tanto spavento.

§. 190.

Altri modi di acquistare la proprietà. Oltre della successione e della prescrizione, delle quali sarà parola nei §§. 222. e 259. sono speciali del Codice: a) l'acquisto dei frutti dal possessore di buona fede, come fu osservato nel §. 177: b) la divisione giudiziaria (5).

§. 191.

III. *Perdita della proprietà.*

A tal proposito non leggesi alcuna cosa di speciale nel Codice senonchè l'alluvione proveniente da un lago non distrugge il dritto del proprietarj limitrofi, mentre perderà sempre quegli il suo terreno, sul quale l'acqua corrente si formi un novello letto (6).

SEZIONE II.

SULLE SERVITU' (a).

§. 192.

Il Codice intende sotto il nome di servitù o *services fonciers* sole quelle, che denominavansi un tempo servitù reali: ammette pure le servitù personali sotto il titolo: *droit de jouissance*, come rilevasi da molti luoghi (7). Fra le servitù reali sono noverate tutte le limitazioni legislative della proprietà indicate nel §§. 178 — 183. Mancano principj generali sopra ogni specie di servitù, ma vi si accenna qui e là, e noi crediamo necessario scientificamente ridurli in un insieme secondo il piano della presente trattazione.

§. 193.

I. *Rego'e sopra ogni specie di servitù.* A è considerato astrattamente dalla proprietà, e come un dritto speciale. La distinzione delle servitù reali e personali non contradice all'espresso pensiero, nè si fonda sulla natura istessa di esse. Tutte le servitù sono personali, in quanto sono costituite a favore delle persone, sono reali, perchè limitano l'insieme dei rapporti dell'uomo con una cosa, e non la sua libertà considerata subbiettivamente: sola differenza frà le due specie di servitù si è, che per le servitù così dette personali, basta l'individualità e subbiettività d'una persona, per le reali è necessità che si accompagni pure la condizione di proprietario d'un determinato obbietto, che ne è condizione. Entrambe si fondano sul concetto principale di essere da una parte una limitazione del dritto del proprietario, e dall'altra un'astrazione per colui a cui vantaggio è costituita.

(1) Art. 564,
(2) L'assaulx, parte III. p. 82.
(3) Art. 573, 577.
(4) Art. 552, 598, 716.
(5) Art. 826.
(6) Art. 562, 563.
(a) L'insieme dei diversi elementi d'un obbietto in rapporto colla varietà dei bisogni dell'uomo è quello che costituisce il concetto di proprietà. Quando uno di questi elementi è considerato astrattamente, ed è dato usarne a tutt'altro che a colui, a cui si appartiene l'intero, è questo, quello che s'intende per servitù. Sicchè questa è da una parte una limitazione al dritto di colui che dee soffrirla, e dall'altra è un'astrazione per quello a cui favore è costituita. Una tale astrazione è essenziale per il concetto della servitù: così il proprietario d'un fondo à invero l'usufrutto, ma non può dirsi di lui, che sia usufruttuario: il concetto dell'usufrutto rilevasi solo quando l'usufrutto

(7) Art. 543, 578, 686. Thibaut, *Pand.* §. 750,

tal proposito deesi osservare: 1) è ammesso nel Codice l'antico principio, che le servitù suppongono una *res aliena* (1), ma vi si accenna pure, che sia anche possibile una servitù *in re communi* (2): 2) Fu conservato del pari il conseguente principio Romano, che una *servitus* non possa consistere *in faciendo* (a), colla limitazione però, che nel costituire la servitù possa convenirsi il contrario, ed anche questo fu limitato in ciò, che sia sempre lecito al padrone della cosa soggetta alla servitù sottrarsi all'obbligazione abbandonandola: 3) è anche riconosciuto, che le servitù non si presumono, e che si debba intenderle secondo i principj di equità (3): non ammettesi però il principio Romano, che vi debba essere un ragionevole interesse. 4) Vi si ripetono le principali idee Romane sulla indivisibilità delle servitù (4).

§. 194.

Il Codice, come osservammo, distingue le servitù in servitù reali e personali, e le prime in *rusticas et urbanas*, sebbene questa ultima distinzione sia al tutto inutile, giacchè non riconosce la distinzione delle *res mancipi* e *res nec mancipi*, e poi le distingue novellamente in *continuas* e *discontinuas*, *apparentes* e *non apparentes*: dalla quale distinzione fu tratto molto avvisatamente profitto per la dottrina della prescrizione delle servitù, come sarà detto nel §. 258.

§. 195.

Sul rapporto delle servitù reali e personali deesi osservare, che le reali si trasmettono ad ogni proprietario della cosa dominante, le personali per contrario si estinguono colla morte di quello (5). È però indubitato, che le servitù, che sono *reales* possono essere assentite anche come *personales*, giacchè colui che può obbligarsi al *majus*, lo può con più ragione al *minus*. Ma è dubbio, se le servitù, che comprendono l'intero prodotto della cosa serviente, possano essere costituite come *reales*. Secondo quello che osservammo nel §. 178 le discussioni sembrerebbero decidere una tale quistione per la negativa, ma nel Codice nulla è detto espressamente, che anzi questo sembra accennare appunto al contrario (6).

Il Codice non dice che le servitù reali debbano interessare il padrone del fondo dominante, nè che i beni, sui quali è costituita la servitù, debbano essere collocati in una certa vicinanza, giacchè esso non pone come condizione delle servitù un interesse ragionevole; ma qui gli espositori per far pompa della loro conoscenza del dritto antico, si pruovarono sovente ad incarnare nel Codice i principj Romani (7).

§. 196.

II. *Diverse specie di servitù.*

1) ***Reales.*** Il Codice novera, come era necessario, le servitù reali costituite per legge (§. 179 — 185.), ma rimette alla scienza quelle provenienti dall'arbitrio individuale, ed accenna soltanto al pascolo comune, come osservammo nel §. 177.

§. 197.

2) *Personales.* Delle servitù personali Romane il Codice ammette soltanto le tre seguenti (8):

A. *Usufructus.* A tal proposito furono rigorosamente seguiti i principj Romani, ma colle seguenti piccole modificazioni (9): a) L'usufruttuario nulla paga o riceve per i frut-

(1) Art. 543, 578, 686. — Thibaut, *Pand.* §. 750.
(2) Art. 665.
(a) *L.* 15. §. 1. *D. de serv.* (VIII. 1.) (*Pomponius*).
« *Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis; velut viridia tollat, aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc, ut in suo pingat, sed ut aliquid patiatur aut non faciat* ».
L. 6. §. 2. *D. si serv.* (VIII. 5.) (*Ulpianus*).
« *Etiam de servitute, quae oneris ferendi causa imposita erit, actio nobis competit, ut et onera ferat et edificia reficiat ad eum modum, qui servitute imposita comprehensa est. Et Gallus putat, non posse ita servitutem imponi, ut quis facere aliquid cogeretur, sed nemo facere prohiberet, nam in omnibus servitutibus refectio ad eum pertinet, qui sibi servitutem adserit, non ad eum, cujus res servit. Sed evaluit Servii sententia in proposita specie, ut possit quis defendere, jus sibi esse, cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda. Labeo autem hanc servitutem non hominem debere sed rem; denique licere domino rem relinquere scribit.*»
(3) Art. 697, 701, 702.
(4) Art. 709, 710. — Lassaulx, parte III. p. 206, 207, 215.
(5) Art. 688, 689.
(6) Nell'art. 686.
(7) Pardessus, *Traité des servitutes*, Par. 1806, p. 21-28. — Maleville, *Analyse all' art.* 686. — Lassaulx, parte III. p. 204.
(8) Zachariä, parte II. p. 1-22 — Thibaut, *Pand.* §. 755.
(9) Art. 578-616.

ti pendenti, che gli potessero toccare, o per quelli che potrà restituire colla cosa principale (1): b) I *fructus civiles* gli si debbono sempre *pro rata temporis*, anche quando i naturali non sieno stati raccolti da chi lo rappresenta (2): c) Relativamente ai boschi, alle miniere, ed agli scavi di pietra il Codice è molto più preciso del dritto antico (3): ed anche nuovo, giacchè nega all' usufruttuario qualunque dritto per i tagli di legno neglctti, e gli vieta di aprire nuove miniere, o scavi di pietre: d) Egli non può mai cambiare la forma delle cose (4): e) Può cedere il suo dritto, e naturalmente, finchè dura l'usufrutto (5), e può conchiudere affitti in qualche modo anche al di là del tempo, che dura il suo dritto (6): f) Non può pretendere alcun compenso per le spese inutili (7): g) nè anche per i pesi imposti sui frutti, quand' anche fossero maggiori del prodotto (8): 4) Per quanto riguarda la sua obbligazione di contribuire ai debiti come legatario (9), la disposizione del Codice à tal proposito non potrà essere chiarita che coi principj del dritto creditario.

§. 198.

B. *Usus*. Dalle disposizioni legislative su questa materia scorgesi chiaramente, che gli Autori del Codice erroneamente opinarono con alcuni Romanisti, che colui, a cui l'uso si appartiene, possa usare della intera cosa e dei suoi frutti, soltanto in proporzione dei suoi bisogni. È perciò che è detto nel Codice, ch' egli non possa cedere il suo dritto (a): questa disposizione è poco giuridica, giacchè sarebbe meglio detto, che gli sia lecito farlo, ma non al di là di quello che il suo uso comporta.

§. 199.

C. *Habitatio*, È statuito nel Codice, che colui, al quale fu data l'*habitatio*, debbasi limitare alla semplice soddisfazione dei suoi bisogni senza chè possa cedere il suo dritto (10); ed è questo un errore, come osservammo nel §. 199. (b).

§. 200.

D. Obbligazioni comuni a tutti coloro, che ànno dritto alle servitù personali di prestar cauzione, e di eseguire inventario. L'una e l'altra obbligazione, delle quali l'ultima era sconosciuta ai Romani, ammettonsi per le servitù personali, ma permettonsi pure delle esenzioni (11). Le persone esenti dalla cauzione sono i genitori (12), coloro che alienano un fondo riserbandosene l'usufrutto, ed il marito, che à l'usufrutto della dote. In difetto di cauzione, il proprietario non à alcun dritto di ritenzione; ma dee usare quei provvedimenti ordinati dalla legge (13): non può nè anche pretendere dall' usufruttuario per abuso, che si faccia della cosa, la cauzione, da cui questi sia stato dispensato, ma dovrà intentare una lite (14). L'antica quistione, se l'usufruttuario abbia dritto ai frutti raccolti prima che abbia data cauzione, è decisa per l'affermativa nel Codice (15).

§. 201.

III. *Modi di acquistare la servitù.*

Ciò può avvenire:

1) Per un fatto unilaterale (16). Il Codice non richiede però la Romana formalità della *quasi traditio* (§. 184.) Si comprende che anche in questo caso il compratore ed il ven-

(1) Art. 585.
(2) Art. 586.
(3) Art. 590, 598.
(4) Art. 582, 598.
(5) Art. 2118.
(6) Art. 595, 1429, 1430.
(7) Art. 599, 605, 606.
(8) Art. 608, 609.
(9) Art. 610-612.
(a) Ben altra sembra la dottrina Romana: *l.* 22. D. (VII. 1.) (*Pomponius*).
« *Divus Hadrianus, cum quibusdam usus silvae legatus esset; statuit fructum quoque eis legatum videri, quia nisi liceret legatariis caedere silvam, et vendere, quemadmodum usufructuariis licet, nihil habituri essent ex eo legato* ».
(10) Art. 632-634,

(b) Anche qui diverso è il principio Romano: *l.* 22. §. 1. *D.* (VII. 2.) (*Pomponius*).
« *Licet tam angustus est legatarius, cui domus usus legatus est, ut non possit occupare totius domus usum: tamen eis, quae vacabunt, proprietarius non utetur, quia licebit usuario aliis et aliis temporibus tota domo uti: cum interdum domini quoque aedium, prout temporis conditio exigit quibusdam utantur, quibusdam non utantur* ».
(11) Art, 601, 626, Thibaut, *Pand.* §. 764, 764.
(12) Art. 601. 1550.
(13) Art. 602, 603.
(14) Art. 618.
(15) Art. 604.
(16) Art. 579, 625, 690.

ditore debbono essere capaci di vendere e comprare, e che l'avente dritto alla servitù non possa imporvi altra servitù. Non deesi però considerare come una eccezione la facoltà di cedere l'usufrutto (1), o il fatto, che il possessore della cosa dominante possa esercitare tutte le servitù, che vi si annettono, giacchè qui non vi è una *servitus in servitute*, ma soltanto cambiamento nella persona di colui, che usa della servitù. La legge è muta sulla *res communis*, e deesi quindi logicamente conchiudere, che non si possa gravare nè acquistare parzialmente una servitù per una *res communis*: difficilmente ed irragionevolmente potrebbesi per altro vietare all'usufruttuario di permettere al proprietario di gravare la sua cosa di una servitù nociva. Sulle *servitutes tacite constitutas* (2) leggesi la saggia e nuova disposizione, che nella divisione di due fondi perduri l'antico stato *jure servitutis*. Debbonsi seguire i principj Romani sui pesi occulti e necessarj alla conservazione della cosa alienata.

2) *Parzialmente*. A. Per sentenza del magistrato, ma soltanto *in judiciis divisionis universalibus* (3), e non nei *singularibus*, perchè qui non trattasi, che di mettere all'incanto (4). B. Per prescrizione, come sarà pruovato nel §. 258. C. Per legato, e di ciò sarà parola nella dottrina del dritto creditario (a). D. Per legge: già nei §. 178, 182 facemmo parola delle servitù reali provenienti dalla legge, ed i casi d'un usufrutto legale sono chiaramente espressi in alcuni altri (5).

§. 202.

IV. *Modi onde si estinguono le servitù.*

In generale sono qui conservati gli antichi principj Romani (6). Molte cose furono però taciute, le quali sono manifeste per loro stesse, come per esempio, della perdita delle servitù, quando l'obbietto venga a perire, a causa del termine e delle condizioni apposte all'esercizio della servitù, o per abuso. Sono dubbie però le seguenti quistioni:

1) Può estinguersi una servitù per l'abbandono parziale del fondo serviente? Molti ritennero l'affermativa per l'usufrutto nel caso che si fondi sopra una liberalità testamentaria (7): ma rigorosamente deesi dire, che l'abbandono non sia mai lecito, quando alcuno assoggettossi ad una servitù, o questa l'obblighi a qualche cosa di positivo, come l'usufruttario il quale obbligatosi a sopportare molti pesi, non potrebbe arbitrariamente sottrarsi alle sue obbligazioni:

2) Può l'usufrutto essere protratto al di là della vita dell'usufruttuario? Affermasi la negativa secondo l'art. 617, ma in questo art. ne è dubbio il caso, e deesi anche aggiungere, che un tale art. pruova molto poco per una tale opinione, giacchè un usufrutto lasciato ad un individuo ed ai successori di lui è doppio. Può affermarsi soltanto con certezza, che il successore d'un usufrutto dato per donazione o per legato non può essere un *postumus* (8).

§. 203.

V. *Azioni giuridiche per le servitù.*

a) *Possessorie*. Fu detto a tal proposito quanto era necessario nel §. 65.

b) *Petitorie*. Soltanto di passaggio è riconosciuta l'*actio confessoria* (9), ma non leggesi altrove una sola parola nel Codice su questo proposito; nè anche si accenna alla grande ed antica quistione, se la presunzione di dritto sia per *il quasipossessor* della servitù, o *pro libertate dominii*. Questa ultima opinione fu generalmente predominante finora nella pratica, ed anche gli espositori del Codice vi si accordarono (10).

(1) Art. 595, 597.
(2) Art. 692, 694.
(3) Art. 826.
(4) Art. 575.
(a) Le servitù acquistavansi per dritto Romano nei seguenti modi; non potevansi per *mancipatio*, per *in jure cessio*, nè per tradizione, giacchè questa non applicavasi ai dritti incorporali, ma per legato per *pactionibus et stipulationibus*. *§. 4. de servit.* (II. 3).

« *Si quis velit vicino aliquod jus constituere, pactionibus atque stipulationibus id efficere debet. Potest etiam testamento quis heredem suum damnare, ne altius tollat aedes suas, ne luminibus aedium vicini officiat: vel ut patiatur, eum tignum in parietem immittere, vel stillicidium habere: vel ut patiatur eum per fundum ire agere, aquamve ex eo ducere* ».

(5) Art. 303, 384, 754, 1401. —
(6) Art. 617 — 624, 703, — 710. Thibaut §. 768.
(7) Lassaulx, parte III. p. 163, 164. In sostegno della sua opinione sta l'analogia dell' art. 2087.
(8) Art. 906, — Lassaulx, p. 103—105.
(9) Art. 421.
(10) Zacharià, parte I. p. 601.

SEZIONE III.

SULLA SUPERFICIES ET EMPHYTEUSIS.

§. 204.

I. *Superficies*. Secondo il Codice la *superficies* si appartiene nel dubbio al proprietario del suolo: ma può convenirsi anche il contrario (1).

II. *Emphyteusis*. Il Codice non fa menzione di questa, e molti la credono inammissibile, come pure credono inammissibile una *superficies* duratura illimitatamente, in cui il *superficiarius* abbia un *jus reale in re aliena*. Senonchè nel §. 178 fu pruovato, che vi si accenna nelle discussioni, sebbene il Codice non si pronunzj espressamente.

SEZIONE IV.

SUL PEGNO.

§. 205.

Il Codice contiene in questa materia un sistema in molte cose nuovo, il quale è composto di svariati elementi, e dette perciò occasione a moltissime controversie (2). Crediamo necessario premettere le seguenti osservazioni.

I. Per dritto antico vi erano due specie di sicurezze reali, ed in particolare quelle, che costituiscono un dritto reale anche contro i terzi, ed altre, che danno soltanto un privilegio personale in concorso del debitore. Della prima specie era il pegno sì dei beni mobili che degl'immobili, sia che la cosa passasse al creditore (*pignus sensu stricto*), o rimanesse presso il debitore (*hypotheca*). Una specie di pegno era l'anticresi, la quale per maggiore sicurezza estendeva il dritto del creditore anche ai frutti della cosa pignorata. Quelle che non producevano alcuna garanzia contro i terzi erano personali *privilegia exigendi*, nei quali in alcuni casi, come per esempio per le spese funebri, il creditore era preferito a tutti gli altri creditori, ma naturalmente posposto al creditore del pegno. Fra i pegnoranti decideva il tempo, ma sotto gl'Imperadori sorsero anche dei pegnoranti privilegiati, che senza alcuna considerazione della data erano preferiti ai non privilegiati, come per esempio il dritto del Fisco per imposte non pagate, e quello della moglie per i beni dotali. Non si aveva però provveduto alla pubblicità dei pegni per pubblici registri; ma l'imperadore Leone dette la preferenza sui pegni *privatis* a tutti quelli costituiti davanti al magistrato o a tre testimoni (*pignus publicum*, *quasi publicum*), la quale circostanza non operava certo una pubblicità, ma nella collisione assicurava il privilegio a colui, che era al caso di produrre la pruova la più sicura. Il Codice si è giovato di molte cose dell'antico sistema, ma presenta pure molte specialità. I mezzi di assicurazione secondo il Codice sono:

1) *Nantissements*, quei pegni cioè, coi quali si trasferisce il possesso della cosa. Quando comprendono mobili diconsi *gage*, il quale risponde propriamente al Romano *pignus rei mobilis*; quando si estendono sugli immobili, sono addimandati *antichrèse* (3).

2) Quelli, coi quali non si trasferisce il possesso. Per questi il Codice non adopera alcuna denominazione comune, ma usa l'espressione *privilèges*, ed *hypothèques*, che differiscono in ciò, che i primi sono preferiti alle sole ipoteche privilegiate (4). Così il Codice alle cinque specie di mezzi di assicurazione à sostituite soltanto tre: vengono in prima i *privilèges*; fra i quali è compreso anche il *gage*, poi le ipoteche non privilegiate sugl'immobili, ed infine tutti i rimanenti creditori personali (5).

II. L'antico dritto sul pegno era molto difettoso, non presentando alcuna sicurezza ai creditori, ed esponendo al massimo pericolo i contraenti, giacchè era necessario per il più antico creditore rassegnarsi a soffrire la preferenza d'un creditore posteriore privilegiato, e non era provveduto alla pubblicità dei pegni con registri pubblici ed aperti a ciascuno; è perciò, che permetteva reclamare i mobili dati in pegno anche contro i terzi. Prima della rivoluzione un tale sistema in Francia non era in generale bene ordinato, ma alquanto migliore, giacchè per i mobili non permettevasi alcun reclamo contro i terzi, ed anche migliore in ciò che sin dall'anno 1771 un terzo mediante pubblici *proclamata* poteva render nullo un dritto di pegno rimasto per un certo tempo occulto. In fine con una legge del 11 *Brumaire* anno VII. fu posto a base del dritto di pegno tutt'altro principio, e seguendo l'idea principale di questa legge gli Autori del Codice presero a fondamento di questa dottrina la *pubblicità* e la *specialità*, cioè, che

(1) Art. 552, 553, 658, 660, 664.
(2) Sulla letteratura, Zacharià parte II. p. 168—205.
(3) Art. 2071, 2072.
(4) Art. 2073.
(5) Art. 2093-2095.

non fosse ammissibile alcun dritto di pegno sui mobili contro i terzi, giacchè sopra questi non potevasi lasciare alcuna impronta; che un tal dritto fosse ammessibile per gl' immobili solo quando fosse stato iscritto nei pubblici registri ipotecarii: ed anche non permettevasi gravare d' ipoteca ciecamente ed illimitatamente tutti i beni, ma ciascuna singola cosa secondo che lo richiede la sicurezza del proprio credito. Questo sistema fu nondimeno modificato nelle discussioni nel seguente modo:

1) Alcuni creditori godono invero d' un privilegio in concorso con altri, e sono invero i possessori d' un *gage*; ma perchè non è possibile iscrivere sui mobili, così i privilegi sopra questi non ànno alcun valore contro i terzi (1).

2) Sugl'immobili si ottiene una preferenza sugli altri creditori ed un dritto di reclamo contro i terzi solo mediante privilegi ed ipoteche, quando ne fu assicurata la pubblicità per iscrizione fattane dal conservatore delle ipoteche (2). Fu creduto nondimeno dover essere esenti da iscrizione:

A. I privilegi indicati nell'art. 2101, stantechè meritavano di essere particolarmente favoriti, e perchè ordinariamente la loro somma non è importante (3). B. Le ipoteche legali delle mogli e dei minori per commiserazione di essi, e perchè non soffrissero alcun danno dalla negligenza del marito, e dei tutori (4).

3) Le ipoteche convenzionali debbono essere speciali per prevenire qualunque sconsideratezza; ma perchè non vi à ragione di temere il medesimo per le ipoteche legali e giudiziarie così è detto, che nel dubbio simiglianti ipoteche estendonsi a tutti i beni presenti e futuri (5). Treilhard nel suo discorso ne ha data la seguente ragione; nei contratti le parti possono esse stesse determinarne la giusta misura; le ipoteche legali per contrario dovevano gravare tutti i beni, e perchè riconoscesi un tale effetto alle sentenze, è pur conseguente, che lo possa anche la legge; migliore ragione sarebbe stata quella, che le ipoteche legali sono per natura propria ed ordinariamente indeterminate. Queste differenze non sono però essenzialmente importanti, giacchè l'ipoteca convenzionale può anche estendersi a tutti gl'immobili presenti del debitore; dovranno essere però indicati e gravati particolarmente, e si può pure estenderla ai beni futuri, quando non vi bastino i presenti (6). Per le ipoteche legali e giudiziarie si può per contrario prendere indeterminatamente una ipoteca, ma può dimandarsene la riduzione, quante volte la sicurezza del credito lo permetta; sicchè è lecito chiedere posteriormente per esse quello, che ordinariamente vale sin dalle prime per le ipoteche convenzionali.

III. Un tale sistema produce certamente una maggiore sicurezza, ma si possono opporre a quanto vi à di più essenziale le seguenti obbiezioni.

1) Non vi à alcuna assoluta sicurezza, giacchè come osservammo, vi è una serie di privilegi, i quali possono importare grosse somme, ed anche perchè appunto le due più pericolose ipoteche vanno esenti da iscrizione.

2) Il Codice à fatto invero non poco per la sicurezza dei dritti ordinando la trascrizione della proprietà, ma anche un tale provvedimento è imperfetto e strano; una specie tutta particolare di ufficiali publici, che si denominano *conservateurs des hypothèques* è destinata per tre ordini di registri, e particolarmente per la iscrizione delle ipoteche; per la trascrizione del passaggio di proprietà, e per il registro infine degli atti di deposito loro affidati (7). Nei registri d'iscrizione sono segnati i crediti ipotecarii, che gravitano sopra una cosa, e nei registri di trascrizione tutti gli atti di alienazione degl' immobili. Sulla trascrizione fu ordinato per legge del 11 Brumaire anno VII, che finchè il compratore d'un immobile non ne faceva la trascrizione, poteva sempre il venditore gravarlo d'ipoteche: eseguita la trascrizione, addiveniva proprietà del compratore, il quale era preferito agli altri compratori tutti, che avevano negletto di trascrivere la vendita. Contro questo saggio sistema si protestò vivamente nella discussione sull'art. 2182, e fu rigettato: sicchè ora una vendita non trascritta non altrimenti che una trascritta compie perfettamente il passaggio della proprietà; ed il venditore non può più pegnorare la cosa dopo la vendita (8). In tutte queste disposizioni non fu posto mente, che la torre è fondata sull'arena, quante volte un sistema ipotecario poggiato sulla iscrizione abbia a sua base un dritto di proprietà esente dalla iscrizione. Si fanno soltanto poche eccezioni in riguardo delle donazioni e della prescrizione (9). 6.

(1) Art. 2076, 2102 n. 4 2119.
(2) Art. 2093, 2094, 2106, 2132.
(3) Art. 2105, 2107.
(4) Art. 2135.
(5) Art. 2122, 2123.
(6) Art. 2129, 2130.
(7) Art. 2181, 2196—2213.
(8) Art. 1583.
(9) Art. 938—941, 2180.

Non è dubbio, che i privilegi e le ipoteche iscritte sono efficaci contro i terzi al pari di quelle, le quali per eccezione vanno esenti da ogni iscrizione (1). Ma possonsi far valere contro i terzi i privilegi e le ipoteche, che dovevano essere iscritte, e pure non lo sono? Vi contradice l'idea principale del Codice, come anche alcune particolari disposizioni (2), e tutto quanto è detto sulla *purgatio* delle ipoteche (3), giacchè non si fa menzione delle ipoteche non iscritte. Dopo la publicazione del Codice però scioccamente fu affermato da alcuni, che in quel caso non si possa esercitare l'*actio hypothecaria* contro il terzo, ma prendere una iscrizione contro lui, e con ciò intentare reclamo. Per una tale controversia fu deciso nel Codice di procedura (4), che i creditori ipotecarii, e coloro ai quali spetti un privilegio sugl'immobili possano nei 15 giorni dopo la trascrizione dell'atto di alienazione prendere una iscrizione contro il novello proprietario; la quale sconsideratezza cagionò da per tutto nuove e piccole controversie (5).

§. 206.

Per il compinto sviluppo di questa dottrina è necessario, che si tratti prima della natura speciale *du gage*, dell'*antichrèse*, dei *privileges* e delle ipoteche, e dopo dei loro effetti contro il debitore, contro gli altri creditori ed i terzi, e della loro estinzione.

§. 207.

I. *Natura del pegno.*

Questo si estende secondo il Codice ai soli mobili, ed è ciò molto ragionevole (6). Per i mobili vale il possesso, per gl'immobili è ben altrimenti ordinato essendo necessario, che vi provvedano i registri d'iscrizione. In generale relativamente al pegno il Codice si accorda col dritto Romano (7), e particolarmente per quanto riguarda il divieto della *lex commissoria*, la continuazione della proprietà per il debitore, la obbligazione del creditore per la diligenza e per il conto del frutti retratti, le pretensioni in contrario del creditore, e della indivisibilità del pegno (8).

È però speciale del Codice quanto segue: 1) per prevenire qualunque frode ogni contratto di pegno, che importi una somma maggiore di 150 franchi dovrà essere formato davanti notajo, il che non è ordinato come semplice pruova (§. 165); ma come forma legale: 2) che nessun creditore possa vendere il pegno senza essergliene data facoltà dal magistrato (9): 3) che il pegno possa essere ritenuto per un debito diverso da quello, per il quale fu dato: ma solo quando questo novello debito sia posteriore al contratto di pegno, giacchè si presume, che si sia inteso estenderlo come *conditio tacita* al nuovo debito (10). È questa pertanto la ragione, che leggesi nel discorso di Berlier, ma è manifestamente poco giuridica, come fu pure riconosciuto nelle discussioni.

§. 208.

II. *Natura dell' anticresi.*

L'anticresi è quel contratto, col quale il creditore per maggior sicurezza prende il possesso ed il godimento de'frutti d'un immobile. Attentamente considerata non potrebbe essere noverata fra i mezzi di assicurazione: giacchè sebbene il creditore anticretico in rapporto col debitore ne abbia i frutti, pure non à alcun privilegio in concorso con altri creditori (11), e manca del dritto di reclamo contro i terzi. Certo in rapporto collo spirito del novello sistema ipotecario è questo logico, ma è ben difficile salvarne la conseguenza in rapporto colle altre dottrine. Giacchè le servitù operano senza iscrizione contro i terzi, perchè non dovrebbesi riconoscere il medesimo effetto anche all'anticresi, che può considerarsi come un usufrutto? Di più il proprietario non può con alienazioni posteriori minorare i dritti anteriori dell'usufruttuario, nè anche quelli del fittajuolo (12), perchè il creditore anticretico non avrebbe i medesimi dritti come usufruttuario? Stantechè è pur forza risolvere queste qui-

(1) Art. 2166, 2193.
(2) Art. 2166.
(3) Art. 2181-2195.
(4) *Cod. de proc.* art. 834.
(5) Zachariä, parte I. p. 457-467, parte II. p. 191-205, parte III. p. 434-462. Una critica molto ingegnosa dell'intero sistema leggesi in Folix, in Mittermayer e Zachariä, *Giornale critico* v. II. n. 2.

(6) Art. 2072, 2076.
(7) Thibaut, *Pand.* §. 781, 783, 791 — 795, 799.
(8) Art. 2078-2080.
(9) Art. 2078.
(10) Art. 2082.
(11) Art. 2091, 2094.
(12) Art. 621, 1743

stioni per la negativa senza alcun motivo ragionevole, ma per la sola lettera del Codice, è inesplicabile, perchè per l'anticresi, che è un contratto sì poco importante siasi ordinata espressamente una scrittura (1); ed è una manifesta assurdità, quando Berlier dice nel suo discorso, che se ne potrebbero facilmente originare dei disordini. È speciale del Codice (2): che per l'anticresi non ammettesi *exceptio usurariae pravitatis* (3); che non si riconosca più l'anticresi Romana *tacita* fondata sui semplici principii di delicatezza, ai quali il Codice non connette in generale alcuna importanza (4).

§. 209.

III. *Natura dei privilegi.*

Per privilegio il Codice intende, quello che il dritto Romano intendeva per ipoteche privilegiate (5), ossia i crediti da essere pagati in preferenza degli altri. Il Codice non fu esente dagli antichi errori, ed ingrossa il numero dei *creditores absolute privilegiatos* (6), giacchè ne indica quattro specie ed in particolare:

1) Privilegi su tutti i mobili: sono di tal ragione (7): a) le spese giudiziarie: b) quelle funebri: c) di ultima infermità: d) il salario dei domestici per l'ultimo e corrente anno di servizio: e) le spese per il sostentamento del debitore negli ultimi 6 o 12 mesi, secondo che i viveri furono somministrati a minuto o in grosso.

2) Privilegi sopra alcuni mobili: a) Crediti per prestito di semenza, di spese necessarie per la ricolta, o per gli argomenti di agricoltura, per i quali potranno essere sequestrati le ultime ricolte, e gli oggetti stessi di agricoltura: b) Tutti i crediti provenienti da contratto di affitto o di pigione: obbietto di privilegio sono con alcune limitazioni i frutti della cosa, e tutti gl'*invecta et illata* dell' inquilino e del fittajuolo. Contro la regola che non ammettesi alcuna vindicazione dei mobili (§. 177), il padrone della casa dovrà reclamare i mobili in una breve dilazione: c) crediti, per il quale la cosa fu data in pegno: d) quelli per spese necessarie per la conservazione della cosa: e) credito per la vendita degli stessi mobili: quando la vendita sia stata fatta *sans terme*, il venditore à contro il compratore una limitata *vindicatio*: f) dritto del locandiere sulle cose, che il passaggiere apportò: g) quello del vetturiere sulle cose da lui trasportate: h) dritto contro un impiegato risponsabile sulla cauzione da lui data.

3) Privilegi sopra alcuni immobili. Questi si appartengono; a) al venditore d'un immobile per prezzo di questa cosa: b) per la medesima ragione a colui, che ha somministrato il danaro per l'acquisto dell'immobile: c) al coeredi per i dritti scambievoli sugl'immobili della massa: d) agli artefici per il lavoro da essi eseguiti sulla cosa: e) a coloro tutti, che pagarono questi artefici, e che ne presero conseguentemente le veci.

4) Privilegi su tutti gl'immobili, riconosciuti a quelle persone, alle quali spetta un privilegio anche su tutti i mobili (8), come furono indicati nel num. 1.

§. 210.

IV. *Ipoteche.*

Per queste intende il Codice sole quelle, che per dritto antico erano denominate ipoteche non privilegiate (9).

Come altrettante specie diverse sono indicate nel Codice le seguenti:

1) *Ipoteca legale.* Questa è data: a) ai minori ed agl'interdetti sui beni dei tutori per qualunque dritto proveniente dalla tutela (10): b) alle mogli per le loro doti, e per tutto quanto possa loro spettare per contratto matrimoniale (11): c) agli stabilimenti pubblici ed allo stato sui beni degl' impiegati e degli amministratori a causa della loro amministrazione (12): d) ai legatarii per i legati sugl' immobili della massa ereditaria (13).

2) *Ipoteche giudiziarie.* Sono queste ben diverse da quelle, che erano per dritto Romano (14), e si fondano nel Codice sul principio generale, che quando alcuno abbia per

(1) Art. 2085.
(2) Sul dritto Romano Thibaut, §. 799.
(3) Art. 2089.
(4) Art. 2081-2085.
(5) Thibaut, *Pand.* §. 802-804.
(6) Art. 2102-2104.
(7) Art. 2101.
(8) Art. 2104.
(9) Zachariä, parte II. p. 94-114.— Il Codice non ammette nè le ipoteche testamentarie, nè quelle, che si originano per prescrizione. — Planck, *della prescrizione*, p. 215-217.
(10) Art. 2121, 2135.
(11) Art. 2121.
(12) Art. 2121.
(13) Art. 1017.
(14) Thibaut, *Pand.* §. 787.

se ogni probabilità di dritto, può richiedere una iscrizione su tutti gl'immobili della parte contraria, e prendere con ciò una ipoteca valida (1): un tal dritto si compete a chiunque, a cui favore sia stata pronunziata una sentenza da un Tribunale Francese, anche prima che avesse forza di cosa giudicata, ed a quello, che sia al caso di presentare un titolo di credito giudiziariamente riconosciuto o verificato.

3) *Ipoteche convenzionali*. Per prevenire qualunque frode, è ordinato, che queste dovessero essere consentite in un atto pubblico davanti un notajo Francese (2); è necessario, che il debito sia determinato, e che sieno particolarmente indicati gl'immobili, che dovranno essere soggetti ad ipoteca. Quando i beni presenti del debitore non bastino, può estendersi posteriormente l'iscrizione anche ai beni futuri (3).

§. 211.

V. *Effetti degl' indicati mezzi di sicurezza.*

1) *Contro il debitore:* contro questo e' ben naturale, ch' essi operino personalmente, e senza bisogno d' iscrizione (4).

L'ipoteca presenta al debitore il solo vantaggio, che il creditore nella esecuzione dovrà volgersi in prima sui beni ipotecati (5).

§. 212.

2) *Contro gli altri creditori.*

A tal proposito è da osservare quanto segue. a) Si ottiene una preferenza sugli altri creditori per privilegio o per ipoteca. I privilegi sugl' immobili non potevansi naturalmente far dipendere da una iscrizione su i registri pubblici, ma è ciò essenziale per i privilegi sugl' immobili e per le ipoteche, fatte poche eccezioni (§. 205.)

L'opinione di molti, che fu tradotta nel dritto Badese, che i privilegi e le ipoteche da essere necessariamente iscritti operassero anche non iscritti una preferenza almeno contro i *nudos chirographarios*, manca al tutto di fondamento, e contradice sì alle parole che al saggio principio del Codice sulla pubblicità (6). Relativamente alla 1scrizione debbonsi rilevare i seguenti punti (7): sono eseguite dal conservatore delle ipoteche del distretto, dove giace l' immobile sopra registri particolari, che sono aperti a ciascuno, ad istanza delle persone interessate che dovranno scegliere un domicilio speciale per tutti i fatti relativi alla iscrizione, o pure destinare un *procurator in loco* (8). Perchè le indagini non riuscissero difficili al conservatore delle ipoteche, la durata della iscrizione è limitata soltanto a 10 anni (9). Le ipoteche dei minori è delle donne che vanno esenti da ogni iscrizione, sono ricondotte al principio fondamentale del sistema ipotecario, della pubblicità, essendo imposta ai tutori ed ai meriti la rigorosa risponsabilità di dimandarne l' iscrizione (10). In generale non è fissato alcun termine per prendere la iscrizione, e vale il tempo ordinario per la prescrizione (11), fatta poche eccezioni, che sono chiaramente espresse nella legge. Quando i termini eccezionali sono scorsi, il privilegio può sempre essere iscritto come semplice ipoteca: c) Nel caso di collisione fra i creditori, si ammettono tutte le disposizioni del dritto Romano (12), ed anche il *jus offerendi* (13). Quando non riesce possibile rimuovere ogni collisione, la quistione principale cadrà sul modo, onde dovrà essere divisa la massa. A tal proposito è da osservare quanto segue: anche il Codice ammette una eccezione a favore di coloro, che avevano già uno dritto sulla cosa, pria che questa pervenisse nelle mani del comune debitore (14), ed un tale favore estendesi pure ai creditori della eredità, ed ai legatarii (15). Nel dubbio i creditori in collisione e che abbiano eguali ragioni dividono *pro rata*, i privilegiati sono preferiti agl' ipotecarii, questi ultimi ai creditori personali non privilegiati, ed in una collisione fra gl' ipotecarii, che abbiano un simigliante dritto, la preferenza è data al primo iscritto, e quando non vi abbisogna alcuna iscrizione a colui, la cui ipoteca si riporti ad una data anteriore (16). L'ordine

(1) Art. 2123.
(2) Art. 2127, 2128.
(3) Art. 2129-2132.
(4) Art. 2092, 2093, 2106, 2134.
(5) Art. 2209.
(6) Art. 2106, 2134, 2166.
(7) Questa materia è svolta compiutamente da Zacharià: parte II. p. 115-159.
(8) Art. 2146-2166, 2196-2203.
(9) Art.2154—In Baden fu annullata un legge tanto poco giusta.
(10) Art. 3136-2145.
(11) Art. 2106-2113.
(12) Thibaut, *Pand*. §. 801.
(13) Art. 1250-1252.
(14) Art. 2177, 2182.
(15) Art. 878, 880, 2111.
(16) Art. 2093, 2097, 2134. 2135.

è dunque in generale il seguente: 1) i privilegi: 2) le ipoteche secondo la data della loro iscrizione o della loro origine; ed infine 3) i *nudi chirographarii* semplicemente *pro rata*.

Soltanto sui privilegi si potrebbero ventilare molte quistioni, come sotto molti riguardi avvenne. Un privilegiato è preferito ad un altro, se una tale preferenza gli è espressamente riconosciuta dalla legge (1), o gli venga da una iscrizione anteriore. Quando fra i privilegiati vi è uguaglianza di dritto, dovranno dividere secondo la regola generale *pro rata*.

Le opinioni nondimeno variarono moltissimo a tal proposito (2), l'opinione predominante dei più si fa a determinare filosoficamente il rango dei privilegi (3), o a seguire l'ordine tenuto nel Codice (4). Senonchè l'art. 2096 che potrebbe essere considerato come il giudizio dei giuristi Romanisti sul presente dritto positivo, vi produrrebbe la più grande incertezza, giacchè dovunque è parola di privilegi, di grazia, di favore e di arbitrio, la scienza non può apporvi alcuna limitazione. È pure un metodo egualmente arbitrario, quello di porre a base d'un tale sistema l'ordine seguito nell'artic. del Codice. Per un caso speciale è ciò detto invero espressamente (5), ma quando intendevasi applicarlo generalmente, perchè non fu detto? Per contrario nelle discussioni sull'art. 2102 Cambacérès manifestò senza essere contradetto il pensiero, che i privilegiati indicati nel medesimo art. dovessero dividere *pro rata*. A ciò deesi aggiungere, che i privilegi che si estendono a tutti gl'immobili sono indicati posteriormente nel Codice (6), e che i creditori nominati nell'art. 2104 debbono essere preferiti a quelli nominati nell'art. 2103 (7).

Rigorosamente ci è lecito soltanto affermare: 1) che i privilegi, che poggiano sui mobili non possono essere in collisione con quegli sugl'immobili: 2) i privilegi su tutti g'immobili sono preferiti a quelli limitati ad alcuni immobili (8): 3) Non è riconosciuta alcuna preferenza ai privilegi su tutti i mobili su quelli, che si limitano ad alcuni di essi, ma dividesi *pro rata*: 4) È detto chiaramente, che i privilegi su tutti i mobili seguono l'ordine del Codice (9). Dovrebbesi dire naturalmente il medesimo, quando questi stessi creditori concorressero su tutti gli immobili (10): ma questo non è detto, e rigorosamente dovrebbero tutti essere pagati *pro rata*: 5) sarebbe pure il medesimo quando i privilegi sopra determinati mobili sono in collisione fra loro, se non abbiano diversi obbietti (11), o l'articolo non riconoscesse loro una speciale preferenza; come avviene per le spese di semenza e gli argomenti di agricoltura, o per resto di prezzo. I più assicurano a tale proposito, che la più vantaggiosa è la condizione di colui, che ha in pegno (12): ma qui non è detto più di quello, che la legge dice di qualunque privilegio (13): 6) Per quanto infine riguarda il rapporto dei privilegi sopra alcuni immobili (14), gli espositori del Codice opinarono più che altrove diversamente, sebbene facile ne fosse la risposta. Tutti questi privilegi sono soggetti ad iscrizione (15), saranno quindi ordinati secondo la data delle iscrizioni (16). Si è detto per contrario, che ordinandone in tal modo la collocazione, con ciò si distrugga il concetto d'un *creditoris privilegiati*: ciò però non à alcun senso, giacchè un tal creditore rimane sempre privilegiato in rapporto cogl'ipotecarii e cogli altri creditori, e non segue dal concetto di un *creditoris privilegiati*, ch'esso debba avere un privilegio anche contro un altro, che abbia un simigliante dritto.

§. 213.

3) I rapporti coi terzi sono regolati nel seguente modo:

A. I privilegi sui mobili non esclusi il pegno, e l'anticresi, il che osservammo nel §. 208, fatte poche eccezioni (17), non danno alcun dritto di reclamo contro i terzi (18).

B. I privilegi sugl'immobili, e le ipoteche quando sieno iscritte, o non abbisognino d'iscrizione, generano contra il terzo possessore l'*actio hypothecaria* quasi secondo gli anti-

(1) Come nell'art. 2101.
(2) Su questa quistione è da vedere Zachariä parte II, p. 178,—185.
(3) Secondo l'art. 2096.
(4) Art. 2101 2105.
(5) Art. 2102.
(6) Nell'art. 2104 dopo l'art. 2103.
(7) Art. 2105.
(8) Art. 2105.
(9) Art. 2101.
(10) Secondo l'art. 2104.
(11) Art. 2102.
(12) Secondo l'art. 2073.
(13) Art. 2095.
(14) Art. 2103.
(15) Art. 2106—1113.
(16) Art. 2106 2110.
(17) Art. 2102 n. 1.
(18) Art. 2076, 2119.

chi principii (1). Il terzo possessore à però limitatamente la Romana *exceptio excussionis*, se un *hypothecarius generalis* reclami contro di lui, ed il debitore possegga altri immobili egualmente ipotecati, ma non quando il reclamante reclami contro il terzo come *privilegiatus* o *hypothecarius specialis* (2). Era scritto nel primo progetto, e colui, che ne fu pure l'autore, Tronchet, vivamente adoperossi nella discussione, che la Romana *exceptio discussionis* dovesse illimitatamente ammettersi. Ciò fu pure decretato, ma nella formazione del Codice non vi si abbadò, e questa dottrina rimase senza applicazione.

§. 214.

4) Il Codice, come osservammo, ammette pure per il pegno le azioni petitorie, e le possessorie (§. 65). Esso non à riconosciuto l'*interdictum Salvianum*, che più che civile è politico, senzachè se ne legga la ragione nelle discussioni, la quale facilmente può essere stata la fretta o l'ignoranza.

§. 215.

VI. *Modi, onde si estinguono gl'indicati mezzi di sicurezza.*

1) I seguenti sono certo ammissibili secondo il Codice, giacchè riescono per loro stessi chiari per il pegno e per l'antieresi, e trovavansi espressamente indicati per i privilegi e per le ipoteche, ed in ispecie (3) sono: A. Avvenimento d'una condizione risolutiva. B. Perdita dell'obbietto, che costituisce la sicurezza del creditore. C. Rivendicazione della proprietà *ex tunc* (4). D. Quando il creditore addivenga proprietario del pegno, e per contrario, secondo le regole della *confusio*. E. Abuso dell'obbietto dato in pegno (5). F. Per la limitazione imposta al dritto di prendere iscrizione contro un terzo in un breve termine (§. 205). G. L'iscrizione si estingue dopo 10 anni (§. 212). H. Quando l'acquirente d'una cosa lasci trascrivere il suo titolo, ed il conservatore delle ipoteche gli attesti in seguito, che un dritto, che è realmente iscritto, non lo sia; in tal caso il novello possessore a cagione de' *testimonii publici* è liberato dal debito iscritto (6). I. *Radition* e *reduction*: ciò avviene nel seguente modo: la radiazione colla quale si cancella l'intera iscrizione può chiedersi di consenso da entrambe le parti o dal solo debitore, presentando un documento autentico, che il debito sia nullo, o annullato (7). La limitazione d'una ipoteca agl'immobili, che sieno bastanti al pagamento del credito (*réduction*) può dimandarsi giudiziariamente, se l'Ipoteca generale non sia stata costituita per contratto, e quando alcuni degli immobili del debitore presentino bastante sicurezza: o nel caso che la somma fu iscritta per semplice istanza del creditore (8), e sia stata elevata troppo alto (9). K. *Purgatio*; quando vi sieno ipoteche iscritte, il nuovo possessore può offerire di pagare una somma o un prezzo di vendita. Se i creditori si dichiarino contenti d'un tal prezzo, le ipoteche saranno cancellate col pagamento di quella somma; ove non lo fossero, potranno dimandare l'incanto dell'immobile, purchè dieno cauzione, che il prezzo di questo sarà maggiore di un 1/10 di quello, che pagò, o si offerì di pagare il possessore (10). In questi articoli si accenna soltanto ai creditori ipotecarii: ma perchè i privilegiati, e quelli che sono dispensati dalla iscrizione sono considerati come altrettanti ipotecarii iscritti, è naturale, che vengano pareggiati a questi anche in ciò. Un tal modo *purgationis* è solo possibile, quando il debito è già determinato: e questo lo è sempre nei privilegi, nelle ipoteche convenzionali e giudiziarie (11). Tutt'altro avviene per le ipoteche legali durante il matrimonio, la tutela, e l'amministrazione: il debito in questi casi è ancora incerto, e può sempre crescere, e mentre dura una tale incertezza, non è ammissibile quel modo ordinario di *purgare*, senonchè il possessore della cosa à il dritto di dimandare che tali creditori o coloro che li rappresentano prendano una iscrizione; al che sarà adempiuto in due mesi; altrimenti sarà perduto il dritto della Ipoteca (12). Quando vi sieno altri *hypothecarii* in concorso con i *legalibus* iscritti, deesi distinguere, se quelli sieno anteriori o posteriori a questi. Nel primo caso i *legales* sono posposti, e le loro ipoteche sono o interamente cancellate o limitate al rimanente prezzo, secondo che gl'ipotecarii prendano tutto o una sola parte del prezzo (13). Nel secondo caso deesi per contrario affermare per ogni ragione quanto segue: nel caso che la somma legale sia fissata, per esempio, dopo sciolto il matrimonio, è necessario rilasciare per questa una parte corrispondente del prezzo:

(1) Art. 2166—2169, 2172—2176.—Thibaut, *Pand.* §. 815.
(2) Art. 2170, 2171.
(3) Art. 2180.
(4) Art. 2125.
(5) Art. 618, 1729, 1741, 2082.
(6) Art. 2198.
(7) Art. 2157—2160.
(8) Come nel caso dell'art. 2132.
(9) Art. 2161—2165.
(10) Art. 2181—2191.
(11) Art. 2132, 2148.
(12) Art. 2193—2194.
(13) Art. 2195.

quando assorba l'intero prezzo, gli altri ipotecarii nulla ricevono, e le ipoteche sono cancellate, e se vi resti qualche cosa del prezzo, sarà questo pagato loro, e con ciò si estingue qualunque altra ipoteca. Quando il credito legale fosse indeterminato, le altre ipoteche non potranno essere cancellate, finchè non riesce possibile fissar quello deffinitivamente. Solamente a questo ultimo caso possono riportarsi le parole dell'art. 2195. È strano del resto, che negli art. 2193—2195 non si faccia menzione della terza legale ipoteca, di cui è parola nell'art. 2121. È perciò che si volle ricondurla ai principii della *purgatio* ordinaria: ma non fu posto mente, che questo era possibile solo quando il debito ipotecato sia determinato e non quando, come avviene per gli amministratori, il debito è incerto stante ciò deesi dire che per questo sia applicabile quello stesso ch'è detto dal Codice per le altre ipoteche legali.

2) Il Codice non ricorda a tal proposito le ipoteche, che dovrebbero essere iscritte, e che non lo siano, ed in ciò è conseguente, giacchè queste non operano contro i terzi.

I seguenti modi di estinzione delle ipoteche sono dubbii.

A. Il consenso del creditore, perchè l'immobile fosse venduto o ipotecato per altri debiti. Il Codice nè anche accenna ad una tale quistione, e perciò si ripeterono fra gl'interpetri di esso le antiche controversie.

B. Le ipoteche non si estinguono certamente per alienazione fatta dal debitore, ma sì bene per quella procurata dal *creditor potior* (1). Fu anche affermato (2), che la vendita fatta dal *creditor infirmior* cancelli l'ipoteca del *potior*, giacchè secondo il Codice possonsi giudiziariamente alienare gl'immobili ipotecati: ma è questo erroneo, stantchè il Codice non accorda ai Tribunali alcuna facoltà di abolire per illegali concessioni *jura quaesita*. Ed anche l'ultimo principio dell'art. 2195 contradice a questa idea, la quale del resto non fu accolta da alcun altro.

PARTE SECONDA

SUI DRITTI REALI IL CUI OBBIETTO È UNA *UNIVERSITAS*

INTRODUZIONE

§. 216.

Osservazioni generali.

Deesi qui in generale osservare quanto segue (3):

Nelle province Francesi di dritto consuetudinario era ammesso il principio, che tutti i membri legittimi d'una famiglia fossero comproprietarj dei beni di essa, in modo che morendo il precedente possessore, questi cedessero *ipso jure* al più prossimi parenti, i quali soli portavano il nome di *héritiers*. Sicchè questa qualità di *sui* era molto più efficace di quella dei figli di famiglia Romani, ed è significata colle espressioni: *ils sont saisis de plein droit des biens* (4): *le mort saisit le vif.* Ammettevansi invero anche i testamenti, ma consideravasi il chiamato come un semplice legatario *(legataire)*. Questi non era *ipso jure* successore, ma doveva lasciarsi immettere nel legato, e non otteneva più di quello, che gli veniva dal testamento, giacchè tutt'altro, che rimaneva alla morte del testatore, cedeva agli *héritiers*, e la regola, *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest* (a),

(1) Art. 2166, 2195.
(2) Brauer, p. IV. p. I.
(3) Zachariä, p. IV. p. I.—416.
(4) Art. 724.
(5) Secondo l'art. 2183.
(a) *Cicero*, DE INV. (II. 17.
« Unius enim pecuniae plures dissimilibus de causis, heredes esse non possunt, nec unquam factum est, ut ejusdem pecuniae alius testamento, alius lege heres esset. »
l. 7. *de reg. jur.* (L. 17.) (Pomponio).
« Jus nostrum non patitur eundem in paganis et testato et intestato decessisse: eorumque rerum naturaliter inter se pugna est testatus et intestatus, »
l. 39. *D. de acq. vel am. her.* (XVXIX. 2) (Ulpiano).
Quandiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur. »

Molti si pruovarono a dar ragione d'un tal principio, che considerato parzialmente ed astrattamente dal sistema del dritto e della storia Romana, si presenta come al tutto strano ed irragionevole. I più lo considerarono come una semplice stranezza Romana, che non potrebbesi in alcun modo giustificare;

non aveva alcun valore. Nel medesimo mo- do consideravansi coloro, che succedevano *ex speciali causa*, e denominavansi *successeurs irrégoliérs*. Un tale sistema fu pure osservato dal Codice nelle sue parti essenziali, come esso stesso lo da chiaramente a conoscere (1), avendo ritenuta anche tutte lo riportate denominazioni.

II. I fedecommessi (*substitictions*) sono rigettati dal Codice come contrarj al libero movimento della proprietà, fatte poche eccezioni, delle quali sarà parola nel §. 244 245.

III. Relativamente alla *transmissio* il Co- dice ripete il principio Romano, che quellu che non è *delatum* non si trasmette agli eredi. Vi si differenzia soltanto in ciò, che esso permette agli eredi del chiamato avvantagiarsi di tutto qnanto è realmente scaduto (2). Gli art. del Codice che vi si apportano parlano in termini generali, e non limitano la *trasmissio* ai soli *sui*, ma l'accomunano anche ai legatarj, che non sono *sui*, il che segue logicamente dalla regola, che nel dubbio i dritti che si appartenevano al testatore vanno anche trasmessi agli eredi. È al tutto irragionevole l'opinione di alcuni espositori del dritto Francese (3), di negare ai successori irregolari la *transmissio*, sol perchè relativamente ad essi non leggesi alcuno speciale ordinamento nel Codice.

SEZIONE I.

DELLA SUCCESSIONE TESTAMENTARIA.

§. 217.

Relativamente a questa successione, nella quale il chiamato sta, secondochè osservammo nel §. 246, non come *héritier*, ma soltanto come semplice legatario, deesi osservare.

I. In generale:

1) Tutto quanto è quì ordinato sui singoli testamenti deve essere osservato sotto pena di nullità (4).

2) Due persone non possono testare con un medesimo atto (5). Questo era già statuito in una ordinanza dell'anno 1735, probabilmente per la ragione che potrebbesi elevare la difficile quistione: se tali testamenti dovessero dipendere l'uno dall'altro come *correspectiva*.

3) L'esterna forma di tutti i testamenti, quando si volesse applicare l'art. 2 nella sua lettera e nel suo spirito, deve *giudicarsi* dal tempo della formazione di esso: sicchè nessun testamento che fosse stato formato prima della pubblicazione del Codice, potrebbe essere giudicato secondo i principj di questo, come fu ritenuto dalla Corte di Cassazione, sebbene molti espositori opinassero il contrario (6).

§. 218.

II. *Differenti specie di testamenti.*

1) *Testamenti ordinarii;* sono quelli communemente ordinati per ogni cittadino: A. *Esterna forma di essi*. Secondo il Codice sono possibili le seguenti tre forme: a) Testamento olografo; per questo è necessario soltanto, che sia scritto datato e sottoscritto dal testatore (7). b) Testamento per atto publico. La forma dee essere la seguente: il testamento è dettato davanti due notai e due testimoni, o davanti un notajo

altri riposero la ragione di esso in cause al tutto esterne e fenomeniche: ed era necessità che così fosse, giacchè ogni fatto come ogni principio storico scompagnati dalle condizioni reali in cui s'incarnano, riescono sempre strani ed inconcepibili. Ma quando il principio « *nemo pro parte testatus, intestatus decedere potest* si considera in connessione con tutto il sistema della successione Romana si troverà non che strano ed inesplicabile, ma per contrario necessario ed anche ragionevole nel senso Romano. Quel dualismo ed opposizione, che si manifesta nella storia politica come lotta dei patrizii e dei plebei in quella del dritto come *jus civile ejus gentium* come matrimonio libero e di rigore, come proprietà, *ex jure quiritium et in bonis*, si riflette nel sistema ereditario, come contradizione della successione intestata e testamentaria, delle quali la prima rappresenta l'elemento plebeo e libero, l'altro l'elemento patrizio e strettamente severo. E come in tutto il processo della storia Romana questi due elementi sono destinati a luttare sulle prime, finchè s'identificano e confondonsi in una sola unità, così nel sistema ereditario la successione testamentaria ed intestata escludonsi sulle prime l'una e l'altra, finchè mediante la *querela inofficiosi testamenti* e colla legittima s'incarnano in un solo sistema. Veggasi Gans, *Dritto di successione nella storia Romana*, dissertazione sul principio: « *Nemo pro paste testatus, pro parte intestatus decedere potest.* » *Trad. Ital.* p. 370.

(1) Art. 724, 756, 769—773, 1002—1004, 1044, 1045.

(2) Art. 781, 782, 2014, 1039—1041.

(3) Zachariä, parte IV. p. 41, 42 – Braner *Comm.* parte, II. p. 217.

(4) Art. 1001.

(5) Art. 968. Grenier, *Traité des donations et testaments*, t. II. p. 5.

(6) Zachariä parte IV. p. 101—192.

(7) Art. 970—Maleville all'art. 970—Grenier, t. II. p. 6—Bernardi, *Des donations*, art. 260.—Molte quistioni elevansi a tal proposito.

e quattro testimoni, ed il notajo dee scrivere quando gli vien dettato, e rileggerlo al testatore; questi quindi sottoscrive, o si fa menzione che non possa scrivere: segue poi la sottoscrizione dei testimoni, ed il notajo dovrà far conoscere particolarmente, che siasi adempinto a tutto quanto la legge comanda (1). c) Testamento mistico o segreto. Questo dee essere sottoscritto, almeno quando lo possa, chiuso e sigillato dal testatore. Quindi il testatore dichiara ad un notajo ed a sei testimoni, che vi si contenga la sua volontà: il notajo dovrà far notamento del tutto sulla parte esterna, e dovrà sottoscriversi prima il testatore, poi i testimoni, e quando quegli non possa, è necessario farne espressa menzione: dovendo per il testatore sottoscrivere un settimo testimone: vi si richiede *l' unitas actus* (2).

§. 219.

B. *Contenuto dei testamenti ordinarii.* Richiedesi che il testatore chiaramente esprima quello che vuole che si faccia dopo la sua morte. Gli sono pure permesse le sostituzioni volgari, ma senza che si dica una sola parola sulle difficoltà di questa materia, sicchè dovrà qui seguirsi il dritto Romano (3).

§. 220.

C. *Capacità di testare.* Di questa tratteremo nel §. 248. La sostituzione pupillare e quasi pupillare, che vi si connette, è stata abolita col silenzio, giacchè per un errore troppo materiale si vide in esse un fedecommesso, che il Codice non ammette, come sarà detto nel §. 242.

§ 221.

2) *Testamenti eccezionali:* fra questi debbonsi annoverare; A. I testamenti dei militari, e di altre persone appartenenti all'armata: questi ànno una forma speciale, che è chiaramente ordinata nella legge (4). B. Dei viaggiatori per mare, per i quali ammettonsi anche delle piccole eccezioni relativamente alla forma (5). C. Al tempo di una epidemia, nel caso che ogni communicazione sia interrotta, bastando la presenza del giudice del circondario, o d'un ufficiale municipale con due testimoni: vi si aggiunge però che il testamento non à validità per una durata maggiore di sei mesi dopo riaperta la comunicazione (6). D. Testamenti fatti in paese straniero. In tal caso i testamenti possono essere olografi, o solenni secondo le forme del paese, dovendo sempre essere posteriormente registrati in Francia (7). E. Nelle campagne. A tal proposito è detto, che quando un testatore faccia in campagna un testamento per atto pubblico, dei quattro o due testimoni basta l'intervento di due o di uno. Ma questa riduzione della metà dei testimoni vale pure per i testamenti mistici fatti nelle campagne? Nulla leggesi a tal proposito nel Codice (8), ma le discussioni sile quali si attengono gli espositori, afforzano una tale opinione, giacchè secondo essi l'articolo principale 974 come generale dovrebbe essere collocato dopo quello che parla dei testamenti mistici (9) il che non fu fatto. F. Testamento dei muti. Questi possono naturalmente fare soltanto un testamento olografo o mistico: ove preferissero questa ultima forma, dovranno in prima adempiere a tutto quanto è necessario per un testamento olografo, e poi fatte piccole eccezioni, a quello che richiedesi, per un testamento mistico (10).

§. 222.

Pacta successoria.

1) Il Codice nulla dice sui *pacta successoria singularia*, giacchè non ammette che le sole donazioni fra vivi, o i legati al tempo della morte.

2) Non riconosconsi i *pacta universalia* nè anche nei contratti matrimoniali, dove erano in tutti i casi ammessi secondo l'antica pratica (11). Nei discorsi ne fu apportata la ragione, che non si possa conchiu-

(1) Art. 971—975,980—Anche qui non fuvvi difetto di quistioni; per esempio, se il testatore debba essere veduto o vedere tutti coloro, che intervengono, se il Notajo debba scrivere letteralmente quando gli viene dettato.—Grenier, t. II. p. 8—62—Bimbaum, t. I. p. 80—91, 233—249—Zacharià, parte IV. p. 233—238.

(2) Art. 976—978. Grenier, p. 62—100—Zacharià p. 238—240.

(3) Thibaut, *Pand.* §. 833, 834. — Art. 898.

(4) Art. 981—984.

(5) Art. 988—998.

(6) Art. 985—987.

(7) Art. 999—1000

(8) Art. 976.

(9) Art. 976—Maleville, Brauer, *Comm.* p. II. p. 408—Zacharià, p. IV. p, 239.

(10) Art. 979.

(11) Art. 791, 1130, 1600.

dere alcun contratto sopra quello, che non ancora esiste, perchè sarebbe contro il *jus gentium* ed i buoni costumi. È questo decisivamente falso, giacchè in tutt' altro caso sono permessi *pacta de re futura* (1), e nella moderna Europa i contratti successori erano di dritto consuetudinario, e quando consideransi simili contratti siccome turpi, perchè furono permessi a favore del matrimonio (2)? Su questo ultimo punto sarà parola nel §. 243.

§. 223.

DELLA SUCCESSIONE INTESTATA.

Il Codice ammette due specie di successione intestata; la successione legittima degli eredi del sangue, che a preferenza sono detti *héritiers*, o *successeurs*, e le successioni irregolari dei figli illegittimi, del conjuge, e del fisco. *Les héritiers* non escludono assolutamente i successori irregolari (3), giacchè anche i figli illegittimi possono succedere in concorso coi legittimi (4).

§. 224.

I. *Successione dei parenti legittimi.*

Quando si paragonino le diverse disposizioni del Codice (5), il quale non è troppo ordinato, nè preciso a tal proposito, ne risulta, che fa d'uopo distinguere le seguenti tre generazioni di eredi:

Prima classe: In questa succedono i figli legittimi, legittimati, o generati da un matrimonio putativo; quelli del primo grado in *capita*, i discendenti più remoti sempre in istirpi (6). I figli adottivi succedono al loco padre adottivo, ma non agli ascendenti di lui.

Seconda classe. Qui succedono in concorso i fratelli e le sorelle e discendenti di essi illimitatamente *jure repraesentationis* e con essi il padre e la madre. Per padre e madre intendonsi pure i genitori dei figli legittimati (7) ma nel matrimonio putativo soltanto quegli, che era di buona fede (8). I genitori, che adottano, non ànno per contrario alcun dritto di successione, ma soltanto un *jus revocandi*, come fu già pruovato nel §. 115. Ciascuno dei genitori prende in questo caso la quarta parte della massa, tutt'altro cede ai fratelli e sorelle e discendenti di essi, i quali prenderanno il tutto, quando non vi sieno nè padre nè madre, o le tre quarte parti in difetto di uno di essi. Per i fratelli e sorelle, la divisione si fa in *capita* ed anche in linee. Quando concorrono i fratelli germani con i consanguinei o uterini, la divisione si esegue prima nelle linea, ed in questa *in capita*, sicchè i fratelli germani in concorrenza cogli uterini e consanguinei prendono parte in entrambe le linee.

Terza classe. In questa sono compresi tutti gli ascendenti capaci di redare, e tutti gli altri collaterali fino al dodicesimo grado, giacchè un più remota parentela non potrebbesi così facilmente pruovare. La divisione avviene qui nel seguente modo: una metà spetta alla linea paterna, l'altra alla materna del defunto: ciascuna linea esclude assolutamente l'altra dalla sua metà. Nelle linee si tiene conto prima dei più prossimi ascendenti, ed in difetto di questi dei più prossimi collaterali. Quando non vi sia che una sola linea, questa prenderà l'intero. I discendenti non succedono qui mai *jure repraesentationis* per istirpi, ma tra i più prossimi parenti la divisione è fatta sempre *in capita* (9).

§. 225.

L'ordine di successione sopra riportato è pure soggetto alle seguenti limitazioni:

1) Tutti gli ascendenti, senza considerazione, se essi succedono o pur nò, ànno il privilegio di riprendere le cose donate ai figli morti senza discendenti (10). Questo principio sì poco ragionevole non fu potuto giustificare altrimenti, che col dire, ch' esso faceva pure parte *de la coutume de Paris*.

2) In difetto di fratelli e sorelle, e discendenti da essi, quando vi sia il padre e la madre, e questi concorrano con un collaterale dell'altra linea, prendono oltre della metà il terzo dell'usufrutto dei beni, che potrebbero spettare all'altra linea (11). Que-

(1) Nell'art. 1130.
(2) Art. 1082-1093.
(3) Questo è detto nell'art. 723.
(4) Art. 757.
(5) Art. 731-735. Chabot, *Commentaire sur la loi du 29 Germinal an. XI. relative aux successions* 1805. t. III.— Zachariä, parte IV, §. 5.95 —608.
(6) Art. 201, 333.
(7) Art. 333.
(8) Art. 202.
(9) Molti ammettono pure ulteriori partizioni, ed in luogo di tre classi ne ammettono quattro o cinque: Zachariä, parte IV. p. 8. 20-44.
(10) Art. 747—Qualche cosa di più determinato a tal proposito leggesi in Zachariä, parte IV. p. 56-66.
(11) Art. 554.

sta strana disposizione non fu altro che un palliativo contro un falso principio: giacchè quando si opini cogli Autori del Codice che la successione intestata non sia altro che la *praesumpta voluntas* del defunto, e che debbasi perciò considerarla come un *testament présumé*, è ai tutto contro natura, che un padre dovesse dividere con un lontano nipote della linea materna, stantechè è molto più probabile, che il defunto avrebbe chiamato lui solo alla successione. Credettesi riparare una tale inconseguenza almeno con un sì meschino favore, giacchè gli Autori del Codice non furono sì arditi da allontanarsi interamente dall' antico *droit coutumier* fondato sull' egoismo di famiglia (1).

§. 226.

Il precedente ordine di successione è possibile solo quando non vi sia un erede legittimo al momento, che siasi aperta la successione. I seguenti casi meritano speciale menzione.

1) Quando una eredità perviene ad un erede legittimo, e questo muoja prima di averla adita, ammettesi la trasmissione a favore degli eredi di lui (§. 216):

2) Nei casi, in cui l'erede legittimo sia assente, il *jus accrescendi* spetta ai suoi coeredi, ed in difetto di questi a coloro, che sarebbero succeduti, se quegli fosse morto prima che si fosse aperta la successione (2).

3) Se l' erede legittimo rinunzii, tutto quanto è rinunziato, cede pure ai suoi coeredi. In difetto di questi intervengono coloro, che avrebbero ereditato, quando non vi fosse stato colui che ha rinunziato: questi però non succederanno *jure repraesentationis in stirpes*, ma *in capita*. Ciò è detto negli art. 786, 787, e fu questo soltanto un ripiego, giacchè prima di questi art. era già stato decretato dal corpo Legislativo l' art. 744, in cui sconsideratamente fu detto in un modo assoluto, che non possa rappresentarsi un uomo vivente.

§. 227.

II. *Successione irregolare.*

Questa è semplicemente sussidiaria, ed ammettesi soltanto dopo quella dei parenti legittimi fatta eccezione del num. 1. È ordinata nel seguente modo:

1) i discendenti illegittimi, poichè furono riconosciuti, e particolarmente i figli naturali, quando non fossero stati provveduti per altro modo durante la vita del defunto (3). Questi prendono il tutto indifetto di credi legittimi, altrimenti soltanto una parte di quello, cho avrebbero avuto come figli legittimi, ed in ispecie una terza parte, se vi sieno discendenti legittimi, una metà quando vi abbia ascendenti o fratelli, o quello che torna il medesimo discendenti da questi (4), e tre quarte parti nel caso, che vi siano solamente altri parenti. *Adulterini* ed *incestuosi*: non possono pretendere che ai soli alimenti, ove questi non fossero stati loro assicurati per tutt' alto modo (5). I figli legittimi ma non gl' illegittimi dei defunti *naturalium* tengono le veci di questi: ciò è detto chiaramente nella legge (6), e non meritano alcuna considerazione, sebbene molti opinassero in contrario, alcune espressioni sconsideratamente ventilate nel consiglio di Stato: di più non parlasi nel Codice che in singolare *de l'enfant naturel*. Quando i *naturales* concorrono con un parente di una linea, e coi collaterali dell' altra, qual parte prenderanno essi? Qui si opina da molti, ch' essi prendono 1/2, quando concorrono cogli ascendenti, 3/4 della lor parte quando coi collaterali. Ma non può darsi loro che la 1/2, giacchè nella Legge (7), è detto chiaramente, che spetti loro la 1/2, quando vi sieno ascendenti, senza distinguere, se con questi concorrono anche i collaterali. Vi hanno dritto i genitori illegittimi, quando il figlio non lasci alcun discendente, sia pure illegittimo (8): i fratelli e sorelle legittime, e discendenti di essi hanno il dritto di prendere dalla massa ereditaria quello che i loro genitori abbiano dato al defunto (9):

2) I conjugi, quando non abbiano fatto divorzio (10). 3) Viene infine il fisco, il quale è il solo erede per i *civiliter mortuis* (11).

§. 228.

Adizione dell'eredità.

Sotto la precedente rubrica dovrà trattarsi solamente dei successori intestati, giac-

(1) Maleville, *Analyse* II. p. 185.
(2) Art. 136. Sarebbe stato più naturale, considerandosi l'assente come morto chiamare coloro, che lo rappresentano.
(3) Art. 761.
(4) Secondo l'art. 742.
(5) Art. 662-764.
(6) Art. 756.
(7) Art. 757.
(8) Art. 765.
(9) Art. 766.
(10) Art. 767.
(11) Art. 33, 768.

chè molti particolari relativi ai legatarii non potranno essere svolti che nel §. 239, 240. Qui può parlarsi soltanto dei principii generali relativi ad ogni specie di successori. È da porre mente a quanto segue.

I. Modi di acquistare l'eredità. Qui sono applicabili i seguenti principii: 1) Nessuna successione è possibile prima che fosse provata la morte (1); le regole del Codice sui *commorientes* (2) furono già riportate nel §. 33. 2) Anche il Codice considera l'eredità giacente come una persona rappresentabile per curatori (3). 3) Tutti gli *hèrètiers* ànno la qualità di *sui* (4); possono pure accettare espressamente o tacitamente, e perdere con ciò il dritto della rinunzia, fatta eccezione del caso, che fossero stati ingannati, o quando trovisi posteriormente un testamento, che dia ad altre persone più della metà della massa (5). Non è permessa un'adizione della eredità sotto condizione, ed anche colui che l'adisce, dovrà secondo i principii generali avere la capacità necessaria per un tal fatto (6). Tutto questo è indubitatamente applicabile anche per analogia ai successori irregolari, ai quali, per non nuocere all'interesse *des hèritiers*, non riconoscesi il carattere di *sui*, sicchè dopo l'inventario fatto dal giudice del domicilio del defunto dovranno dimandare l'immissione, ed il Tribunale fa eseguire dei *proclamata* agli eredi sconosciuti, e dovrà anche ordinare una cauzione per i mobili (7). Tutto questo è detto per il solo caso, che non vi sieno *hèritiers;* quando ciò sia, ed i successori irregolari, (particolarmente un figlio illegittimo) concorrano con essi, si potrà parzialmente e relativamente a quelli dimandare l'adempimento di quelle obbligazioni che sono ordinate per i legatarii verso *les hèritiers*, e che leggonsi chiaramente espresse nella legge (8).

§. 229.

II. *Effetti dell' adizione della eredità.*

Il Codice accenna a tal proposito quasi sempre agli *hèritiers* (9), ed una volta ai successori irregolari, il che fu certo una sconsideratezza, giacchè tutto quanto trovasi ragionevole per un *hèritier*, ed in ciò è pure da osservare il *beneficium inventarii*, dcesi analogicamente applicare ai successori irregolari; e fu questo l'avviso della maggior parte dei più intelligenti espositori. Nel §. seguente nella parola *eredi* saranno compresi anche i successori irregolari, giacchè i principii sui legati sono rimessi ai capitoli posteriori, nei quali trattasi particolarmente di essi (§. 235).

§. 230.

1) *Obbligazioni dell' erede:*

I. Verso i creditori della massa: nel senso il più esteso, questi sono: a) i creditori del defunto, ai quali l'erede dovrà pagare nel dubbio anche *ex propriis* (10) (§. 241) b) i legatarii, ma non per un legato *rei alienae*, giacchè questo nel dubbio è nullo come legato d'una cosa inesistente (11). Gode però l'erede degli antichi beneficii (12), ed in ispecie il *beneficium deliberandi*, ed il *beneficium inventarii*. Il tempo e le forme sono esattamente determinate nel Codice (13), ed anche l'effetto del *beneficii inventarii* è modificato in ciò, che l'inventario previene interamente la *confusio bonorum*, donde segue, che l'erede non possa arbitrariamente vendere le cose ereditarie, sebbene gli sia lecito abbandonarle, e che la vendita di esse non distrugga il dritto di coloro, che vi abbiano una ipoteca.

§. 231.

II. *Obbligazioni verso i coeredi* (14). Fra queste vi è quella della divisione, la quale può essere ritardata per cinque anni, e poi rimessa ad altro tempo (15). Ma a *questo* proposito fa d'uopo distinguere i seguenti casi: a) che il testatore esegua egli stesso la divisione; questo gli è permesso nelle forme ordinarie della donazione e del testamento (16). Sarà nulla però la divisione a causa d'un presunto errore, quando non prendesse in considerazione tutti i figli esistenti al tempo della morte (17), e nè anche potrebbesi rispettare come legato (18). Sarebbe egualmente nulla,

(1) Art. 718, 719.
(2) Art. 720—722.
(3) Art. 811—814.
(4) Art. 714 — essi acquistano l'eredità *ipso jure* per effetto della legge.
(5) Art. 778—783.
(6) Art. 774, 776.
(7) Art. 769—773.
(8) Art. 1004, 1011, 1014.
(9) Art. 793—892.
(10) Art. 870.
(11) Art. 870, 1042.
(12) Thibaut, *Pand.* §. 873-878.
(13) Art. 795, 810 — *Code de proc.* art. 441.
(14) Zachariä, parte IV. 389—396.
(15) Art. 815.
(16) Art. 1075, 1076.
(17) Art. 1078.
(18) Brauer, *Comm*, parte II. p. 492.

quando ad un discendente tocchi un quarto meno di quello, che importi la sua porzione intestata, sebbene i suoi dritti sulla legittima non ne sieno violati. Questo principio sì poco giuridico, che fu fortemente riprovato nelle discussioni, venne nondimeno ostinatamente conservato: b) Che i coeredi dividano convenzionalmente: fu questo rimesso dal Codice ai principii generali sui contratti: c) divisione giudiziaria; questa è permessa (1), ma soltanto nel seguente modo: la divisione si considera sulle prime come provvisoria (2); è ordinata dal tribunale, ma tutto quanto è necessario per regolare e dividere la massa, si esegue per mezzo dei notai e dei periti, ai quali si appartiene fissarne le porzioni (3). Nel caso che vi sieno minori, interdetti, o assenti, la divisione dovrà farsi sempre giudiziariamente dopo l'inventario ed i suggelli (4). Quando un coerede ceda ad un altro, che non sia erede, l'intera parte ereditaria per un prezzo qualunque, i coeredi avranno il dritto, perchè nessuna estranea persona si immischiasse nei segreti della eredità, di escludere il cessionario col pagamento del prezzo della vendita (5) ovo si assegni una rendita ad un coerede, i coeredi ne rispondono per cinque anni, anche *de bonitate* (6). Infine qualunque divisione convenzionale, in cui alcuno non siasi espressamente assoggettato al rischio, può nel dubbio essere impugnata per *laesio ultra quartam* (7).

§. 232.

Anche il Codice ammette nella divisione ereditaria l'obbligo della collazione, *le rapport* (a), ma regolata da un novello principio (8) conservando sotto molti rapporti le conseguenze della limitata *collatio* Pretoria. I principii più essenziali su questa materia sono i seguenti:

1) Vi conferiscono non i soli discendenti, ma tutti *les héritiers*, a cagione della presunzione della eguaglianza richiesta dall'amore, sebbene ciò non si accorda col principio della successione intestata del Codice, che in gran parte contradice con un tale sentimento (§. 225).

2) Il Codice non vi nomina i successori irregolari, ma secondo lo spirito di esso non può farsi a meno di pareggiarli in tutto agli *héritiers*: un tale obbligo è espressamente imposto ai figli naturali (§. 227) (9).

3) L'erede deve conferire (10) non solo quello, che gli fu donato in vita dal testatore, ma anche tutto ciò che gli fu lasciato nel testamento, purchè non ne fosse stato espressamente dispensato. Fu questo un grandissimo errore, che gli espositori cercano irragionevolmente coprire col silenzio; giacchè la dichiarazione nel testamento, che uno debba avere più dell'altro, esprime *implicite*, che l'uno debba essere favorito a preferenza, ed è sempre nell'arbitrio del testatore di dare volontariamente più ad uno che ad un altro, quando non minori la porzione legittima di quest'ultimo (11).

4) Sono esenti per eccezione dalla collazione: a) tutte le cose, che l'erede avesse acquistate dal testatore *onerose* (12), fra le quali sono comprese anche le donazioni remuneratorie: b) le spese di nudrimento e di educazione, e tutti i doni di uso (13): la quale regola non si accorda pure colla pretesa eguaglianza del Codice. c) Gl'immobili, che a caso perirono, giacchè per questi credettesi ammettere lo strano principio, ch'essi non fossero stati mai separati dalla

(1) Art. 815—892. 112, 113, 120, 124, 125, 457, 461, 466, 484, 509.—Zachariä, parte IV. p. 108—126.
(2) Art. 823.
(3) Art 824-828, 833-837.
(4) Art. 819-821, 837.
(5) Art. 841.
(6) Art. 886.
(7) Art. 887-892.
(a) L. 1. pr. D. h. t. (XXXVII. 6.) « *Hic titulus manifestam habet aequitatem, cum enim Praetor ad bonorum possessionem contra tabulas emancipatos admittat, participesque faciat cum suis, qui sunt in potestate bonorum paternorum: consequens esse credit, ut sua quoque bona in medium conferant, qui appetant paterna* ».

Fu questa l'origine storica della collazione, ed essendo speciale Romana sarebbe interamente mancata col cambiarsi dei rapporti e delle condizioni della famiglia Romana. Ma alcune volte l'origine storica non è che l'occasione, onde si concepiscono e si attuano alcune istituzioni, che si fondano sopra un principio più immutabile, e non così fenomenico: onde avviene, che mutate le condizioni storiche, non perciò si dileguono le istituzioni, che si originarono con esse. Così avvenne della collazione, il cui concetto riposa sul principio di eguaglianza e di comproprietà degli eredi, al quale non può facilmente supporsi, che il testatore abbia voluto contradire, quando non avesse espressamente dichiarata una contraria volontà.
(8) Zachariä, parte IV. p. 127-131.
(9) Art. 760. — Brauer, *Comm.* parte II. p. 189.
(10) Art. 843, 844, 919.
(11) Zachariä, p. 154-156.
(12) Art. 853, 851 — Greuter, *Des Donations* t. III. p. 130, 131.
(13) Art. 852 — Grenier, p. 142.

proprietà del testatore, sicchè il *casus* dee essere anche a rischio di questo (1). Per la dote della figlia leggesi una disposizione speciale (2), che ha per ragione, che il padre debba rispondere per qualunque mal sicura costituzione di dote, quante volte la figlia non ne sia compensata per altri vantaggi matrimoniali.

Essa però deve per contrario sopportare l'insolvibilità posteriore del marito, giacchè poteva prevenirla dimandando la separazione dei beni (§. 107). Ma dovrà conferire il solo dritto di reclamo, che abbia contro il marito, quando questi fosse stato insolvente e senza mestiere al momento, che ricevette la dote.

4) Tutti gl'interessi ed i frutti raccolti fino all'apertura della eredità (3).

5) L'erede può sottrarsi all'obbligo della collazione (4), rinunziando alla eredità, il che non è molto logico relativamente agli immobili, avendoli considerati come parte della massa.

6) Si adempie alla collazione colla cessione *in natura*, o col prendere nella divisione altrettanto di meno dalla massa.

La prima regola si segue quando si conservino ancora gl'immobili, la seconda in tutti gli altri casi: non può però rivendicarsi dal terzo possessore un immobile alienato (5). Pure fu ammesso con grande inconseguenza il principio, che i pesi reali imposti dal conferente sugl'immobili benchè fossero un'alienazione parziale a favore di un terzo, si estinguono colla collazione di essi. Un sì grande errore fu fortemente combattuto nelle discussioni, e fu rimesso ad una discussione novella: ma come l'ostinata *rédaction* riprodusse l'articolo senza mutarlo, si lasciò passarlo sconsideratamente e senza opposizione.

§. 233.

2) *Dritti dell'erede.* Questi consistono nell'acquisto dei dritti del defunto *pro rata*: agli *héritiers* però per il loro carattere di *sui* trasmettesi *ipso jure* il possesso. Può pure l'erede secondo i principj Romani interamente alienare la sua porzione ereditaria (6). Ma il Codice lascia al tutto indeterminate alcune quistioni molto controverse ed in ispecie, di quale colpa risponda il venditore, e se i creditori abbiano dritto anche contro il compratore per i loro crediti. Alla prima quistione potrebbesi rispondere secondo il §. 52, che il venditore risponde d'ogni colpa. Per l'ultima è necessario distinguere: a) Il cedcuto dell'eredità rimane naturalmente obbligato verso i creditori, giacchè non ammettesi alcuna parziale cessione dei debiti. b) Il cessionario è in tutti i casi personalmente obbligato verso il cedente a pagare i debiti della parte comprata *pro rata*. c). Ma possono i creditori direttamente reclamare contro l'acquirente della eredità? Questa quistione fu risoluta generalmente per l'affermativa (7): che anzi molti opinano, che il compratore possa soffrir reclamo direttamente anche *ultra vires hereditatis*, quando pure il venditore avesse accettata la heredità *sub beneficio inventarii*. Quest'ultimo pensiero contradice con tutti i principj della cessione; l'idea principale però si sostiene sul sistema del Codice. Giacchè una eredità si compone di *activis e passivis*, quando A. cede la sua porzione a B, vi si contiene *implicite* la promessa di dover pagare i debiti, della quale promessa possono giovarsi i creditori per reclamare (8) (§. 151), sia che la cessione della eredità fosse stata fatta gratuitamente, o *onerose*.

§. 234.

3) *Azioni che competono all'erede.* Si ricorda appena una volta ed occasionalmente che ammettesi l'azione petitoria della eredità (9), ma il Codice nulla dice sulle condizioni dell'ammissibilità di *questa difficile* azione. Quando l'erede è possessore, gli competono secondo il §. 65 gli ordinarj *remedia retinendae o recuperandae possessionis*. Ma nè anche vi si accenna agl'importanti Romani *interdicta adipiscendae possessionis*, *interdictum quorum bonorum*, del così detto *remedium ex lege ult. Cod. de Edicto D. Hadriani tollendo*, e dell'*interdictum quod legatorum*, senza che le discussioni ci dieno la ragione d'un tale silenzio.

(1) Art. 855.
(2) Art. 1573.
(3) Art. 856.
(4) Art. 845—Il *beneficium inventarii*, non dispensa dalla collazione—Grenier, p. 71—73.
(5) Art. 859, 869.
(6) Art. 780, 842, 1696, 1698. Thibaut, *Pand.* §. 887.
(7) Brauer, *Comm.* parte V. p. 286—Riffe Cambray, *Pand. Franc.* t. VII. p. 336—339.
(8) Secondo l'art. 1121.
(9) Art. 138.

SEZIONE II.

SUI LEGATI, SUI FEDECOMMESSI, E SULLE DONAZIONI.

§. 235.

Il Codice à connessa alla dottrina dei legati anche quella delle donazioni tra vivi (1), giacchè queste si assimigliano a quelli sotto molti rapporti. Per contrario ai legati ed alle donazioni non è più lecito pareggiare i fedecommessi, giacchè il Codice per regola generale non li ammette.

SUI LEGATI.

§. 236.

I. *Natura dei legati.*

Anche il Codice ammette i legati, ma in modo, che la formola di preghiera o la imperativa, e l'espressione *heres* o *legatarius* non importi alcuna differenza (2).

§. 237.

Sulla natura dei legati valgono i principj seguenti: 1) L'espressioni, che debbonsi adoperare per un legato sono rimesse dal Codice all'arbitrio del testatore, e qualunque esse sieno, dovranno essere rispettate. 2) Alla quistione, chi può essere gravato d'un legato, si risponde: chiunque fu favorito in un testamento, può essere gravato d'un legato (3). Nel dubbio dovrà adempiersi ad un tale obbligo *pro rata* da coloro, i quali ricevono un vantaggio dal testamento (4). Può darsi pure un prelegato ad una persona capace di redare (5); niente altro aggiunge il Codice di più preciso a tal proposito. Ma perchè niuno può pagare a se stesso quello, che già trovasi di avere, così la sottile dottrina Romana sui prelegati è limitata al semplice principio, che l'erede, che fu favorito d'un prelegato, avendolo a pagar a se stesso, lo ritiene come parte ereditaria (a).

§. 238.

Diverse specie di legati.

Su questa dottrina con sì grande precisione trattata nel dritto Romano, il Codice contiene le seguenti e poche disposizioni:

1) Vi si legge una novella divisione dei legati in legato universale, a titolo universale, e legato particolare. Il primo si è (6) quello, in cui il testatore assegna ad una o più persone *indefinite* la massa ereditaria, sia che nelle sue espressioni l'avesse istituite *conjunctim* o *disjunctim*: il secondo è quello, in cui il testatore divida la massa in altrettante parti puramente aritmetiche, o la distingua in mobili ed immobili, e questi assegni a più persone in altrettante quantità aritmetiche, o nel totale a un solo legatario. Tutti i rimanenti casi vanno compresi nel novero dei legati particolari, ed in ispeil legato d'una singola cosa, o di una *universitas facti*, per esempio, tutti i libri del testatore. Giuridicamente una tale distinzione non à alcun valore, giacchè secondo essa opinossi, che i debiti gravassero *pro rata* sui legatarj della prima e della seconda specie, e non su quelli della terza, il quale principio genera la più grande difficoltà per i legati della seconda specie, stantechè una eredità è una massa *fluctuans*,

(1) Art. 893.

(2) Art. 1002.

(3) Art. 1009, 1011, 1013, 1017—Thibaut, *Pand.* §. 898.

(4) Art. 1013—Maleville, *Analyse all'art.* 1017.—Riffè—Caubray, t. VII. p. 351.

(5) Art. 919—Brauer, *Comm.* parte V. p. 292.

(a) « Principio fondamentale della dottrina dei prelegati si è, che la persona dell'erede rappresentando come viva la personalità del testatore non può essere posta in contradizione con se stessa, e nel suo elemento subiettivo contrarre un particolare rapporto con un singolo obbietto, o con altre parole l'erede non può farsi legatario da se stesso, *heredem a semetipso legatum dare non potest.* Come ciò riuscirebbe impossibile per il testatore istesso, così lo è parimenti per l'erede, giacchè per significarlo con altre parole niuno può essere debitore di se stesso. Da ciò conseguono i seguenti principii. L'erede universale prende nell'insieme della eredità il legato lasciatogli, come tutt'altra cosa, che sia compresa in essa. Il coerede, a cui è stato legato qualche oggetto particolarmente, prende la parte del legato, che sarebbe toccata ai suoi coeredi. Se il legato è fatto a più eredi, ciascuno di essi prende sotto la forma del legato la parte dell'altro. Se infine un legatario che non sia erede è associato ad un erede universale nel legato, tutto intero il legato è dovuto al primo. -Gans, *Dello svolgimento del dritto di successione nella storia Romana.* p. 167.

(6) Art. 1003, 1010—Zacharià parte IV. p. 337—344. Una tale distinzione è anche applicabile al *legatum usufructus*, art. 61.

e non può dirsi determinatamente in qual rapporto aritmetico il valore di una parte, come per esempio di tutti i mobili, sia con quello della intera massa.

2) Il testatore può certo legare le sue proprie cose; ma a questo proposito fu ventilata la quistione, se il legatario debba soddisfare i debiti ipotecarii, che vi gravitano. La seguente risposta è manifestamente giusta (1): che il legatario particolare non è tenuto in generale al pagamento dei pesi; ma che quando vi adempia, dovrà essere fatto indenne dai coeredi, stantechè per principio generale egli non risponde dei debiti (§. 241). Ma è valido un *legatum rei alienae*? Nell'art. 1021 un simigliante legato è assolutamente dichiarato nullo: ma nella discussione fu espressa ragionevolmente l'opinione, che debba ritenersi la nullità soltanto nel dubbio, ma non quando il testatore abbia conosciuto appartenersi la cosa ad una estranea persona: e qui è quistione fra gli espositori, se debba seguirsi la lettera o lo spirito del Codice (2).

3) Rispettivamente ai legati *incorporalia* il Codice dice sol poche cose in occasione del *legatum usufructus* (3), ed esprime ancora il principio (4), che nel dubbio il legatario non sia tenuto a compensare il suo legato con quello, ch' egli à dritto di reclamare per altre ragioni come creditore del defunto. Non è parola nel Codice del Romano *legatum debiti*, *nominis*, *e liberationis* (5).

§. 239.

III. *Acquisto dei legati.*

Perchè sia garantito l'interesse *des héritiers*, riconoscesi ad essi soli la qualità di *sui*, e non ai legatarii, i quali debbono dimandare dagli eredi l'immissione nei loro legati. Fu per altro riconosciuta una tale capacità anche ai legatarii universali, quando non vi sia alcun *héritier*, che abbia dritto alla legittima (6). Fu questa manifestamente una strana deviazione dal dritto consuetudinario (7), giacchè la presunzione è sempre per l'erede legittimo sia che abbia o pur nò dritto alla legittima.

4) Perchè le falsità sono molto più a temere per i testamenti olografi e mistici, così è ordinato, che non possano essere eseguiti senza una ordinanza giudiziaria (8); ma è questa una stupida disposizione, giacchè l'esecuzione posteriore non rende impossibile, nè cancella in tutti i casi qualunque falsità anteriore.

§. 240.

IV. *Rapporti giuridici relativi ai legati.*

1) *Dritti del legatario.* Il Codice contiene poche cose a tal proposito, ma leggonsi le seguenti specialità: A. Per i legati particolari gl' interessi non decorrono prima della dimanda, ma per i legati universali dal momento della morte del testatore. Queste differenze originaronsi, perchè una volta fu seguito il dritto Romano (9), un' altra *les coutumes*, ma sempre sconsideratamente, giacchè fu qui obbliato il legato a titolo universale (10). B. Dopo la perdita della cosa principale legata il legatario può sempre dimandare gli accessorii (11). C. Nel dubbio la scelta spetta all'erede, ed in tal caso non può scegliere la cosa peggiore, nè può essere obbligato a dare la migliore, quando l'elezione sia rimessa all'arbitrio del legatario (12).

§. 241.

2) *Obblighi del legatario.* Quando il legatario accetta il legato, si originano i seguenti rapporti. A. Il Codice non à dato all'erede il beneficio della *quarta Falcidia*, e ciò fu fatto avvisatamente; come rilevasi dal discorso di Bigot sull'art. 1009. B. Ai legatarii trasmettonsi in parte anche i debiti (§. 230), ed in ispecie nel seguente modo: a)) i legatarii particolari non sono obbligati a contribuire per i debiti; e per degli eredi: fu soltanto per condiscendere in qualche modo al sistema delle provincie di dritto scritto, che fu fatta la precedente eccezione, manifestamente applicabile a qualunque altra specie di legati, e priva d'ogni intimo e ragionevole motivo — Brauer, *Comm.* parte II. p. 422, 423.

(1) Risulta dal confronto dell'art. 874 coll'art. 1020.

(2) Brauer, *Comm.* parte V. p. 293.—Zachariä, parte IV, p. 268. — Riffé-Caubray, *Pand. Fr.* all'art. 1021.

(3) Art. 710-713.

(4) Art. 1023.

(5) Thibaut, *Pand.* §. 905, 906.

(6) Art. 1004, 1006, 1011, 1014.

(7) *Les coutumes* ritenevano sotto molti rapporti, che la presunzione fosse per l'erede, e non per un testamento, sicchè fino alla pruova contraria faceva legge la qualità di *sui*

(8) Art. 1007, 1008.

(9) Thibaut, *Pand.* § 910.

(10) Art. 1015.

(11) Art. 1042.

(12) Art. 1022.

i pesi ipotecarii, che avessero soddisfatti, possono pretendere d'esserne fatti indenni dagli eredi, che ne sono obbligati: dovranno in ogni caso restituire quanto è necessario per compiere la legittima (1). C) Gli altri legatarii rispondono dei debiti *pro rata* della loro porzione; ed a tal proposito è utile particolarmente osservare quanto segue: in rapporto coi creditori tali legatarii rispondono soltanto *pro rata*, ed *in solidum* solo quando soffrano reclamo come possessori d'un immobile ipotecato, o per un debito indivisibile (2); i rapporti dei legatarii cogli eredi sono determinati nel seguente e semplice modo; essi debbono scambievolmente garantirsi le loro porzioni dovendo ciascuno fare indenne l'altro di quello che quest'ultimo pagò per la rata di lui. Quando uno abbia pagato per un debitore *insolvente*, un tale pagamento non sarà spartito fra le altre porzioni, fatta eccezione del caso sopra mentovato, in cui abbia pagato come possessore del fondo ipotecato (3). I legatarii possono naturalmente cambiare tutti questi rapporti per particolari convenzioni, ma queste non obbligano i creditori: molto meno può concedersi al testatore il dritto, quando trattasi non di legati, ma di veri debiti, di obbligare il creditore di non attenersi alle parti determinate per legge. Il testatore à un tal dritto soltanto contro l'erede, finchè la legittima non ne sia violata. I mentovati legatarii rispondono *pro rata* soltanto dei debiti, e rigorosamente parlando debbono pagare anche *ex propriis*. Ma possono essi giovarsi del beneficio dell'inventario? D'un modo inescusabile il Codice si tace a tal proposito, sicchè elevaronsi due opinioni, delle quali la prima pretende dedurre la negativa dal silenzio del Codice, sebbene non vi si accenni nelle discussioni, mentre la seconda ragionevolmente e per tutte le analogie ammette un solenne inventario con tutti i vantaggi che ne conseguono anche a favore dei legatarii: al che può aggiungersi; giacchè il Codice dapertutto espone dei principii generali in occasione *des héritiers*, e nulla di più speciale aggiunge relativamente ai successori irregolari ed ai legatarii, è pure possibile, che anche qui avvisatamente abbia rimessa una tale quistione alla scienza. Il dritto Romano conteneva molte delicate distinzioni, sebbene al tutto positive sulla quistione relativa al modo di mettere a calcolo le porzioni dei legatarii coi beni creditarii. Il Codice osserva soltanto: a) nessun legatario prende più di quello, che gli fu assegnato dal testatore; quello di cui non fu disposto, cede all'erede intestato: b) quando ai legatarii obbligati al pagamento dei debiti, fosse stata assegnata una parte aritmetica della massa, il calcolo riuscirebbe molto facile: ma il legato a titolo universale non è sempre tale: per esempio, A avrà i miei mobili, o una metà dei miei immobili: in tal caso la *rata* non può fissarsi altrimenti che mediante una estimazione di tutti i beni, ed un tale lavoro oltre delle difficoltà proprie, è pure malagevole, perchè sovente non conoscesi l'*activa* della massa: ed è perciò che i Romani per prevenire ma tale difficoltà consideravano come legatario l'*heres in re certa*, che divideva con i *coheredibus in parte quota* (4). Nei casi, nei quali la partizione non sia aritmeticamente esatta, o che un legato usurpi sull'altro, è ragionevole osservare le regole precedenti, ossia, che il legatario più generale debba soffrire di essere limitato da uno meno generale, e che una tale sottrazione debba farsi *pro rata*, quando più legatarii sieno chiamati alla porzione che manca per il legato particolare: senonchè sarebbe stata indispensabile una regola positiva per il caso, nel quale i Romani facevano un *dupondium* o *tripondium* (5), e questa manca interamente nel Codice.

§. 212.

Delle donazioni.

Il pensiero principale del Codice in questa dottrina si è, che le donazioni tra vivi (non è parola delle *donationibus mortis causa* §.222) debbansi considerare come un contratto pericoloso o fraudolento a danno dei creditori o degli eredi legittimi, che tali atti possono essere facilmente l'effetto della sconsideratezza, e possono anche nuocere all'onore dell'accettante. I principii del Codice sono i seguenti (6): 1) Ogni donazione dee essere stipulata con atto davanti notajo (7), e per i mobili è necessario uno speciale inventario e valutazione, e per gl'immobili capaci d'ipoteche dovrà prendersene iscrizione (8) (§. 203): 2) Non può farsi donazione dalle mogli e dai minori senza il con-

(1) Art. 1020, 1024.
(2) Art. 871-873, 1009, 1012, 1021, 1022.
(3) Art. 870, 871, 873, 875, 1214.
(4) Thibaut, *Pand.* §. 820.
(5) Thibaut, §. 871, n. 5.

(6) Zachariä, parte IV. p. 167-194, 197-207, 237-243, 311-937.
(7) Art. 931-933.
(8) Art. 939-942.

senso dei mariti e dei tutori, dagli stabilimenti pubblici senza quello del governo, e dai sordi muti, che non possono scrivere senza l'intervento d'un *curator ad hoc* (1). 3) Soltanto i beni presenti possono essere obbietto di donazione (2), alla quale il donatore può apporre solamente quelle condizioni, che sono uniformi ai principii generali; non potendo farla dipendente dal proprio arbitrio (3). È strano, che il donatore possa convenire il ritorno delle cose donate soltanto per se stesso, e non per i suoi eredi (4). 4) Le donazioni non possono contenere alcun fedecommesso; di ciò sarà parola nel §. 244. 5) La donazione può essere rivocata, quando il donatario manchi di adempiere alle obbligazioni contratte, o quando al donatore nascano posteriormente dei figli (5). Gli effetti delle donazioni dipendono dalle condizioni speciali, onde sono convenute: le opinioni discordano sulla quistione, fino a qual punto il donatario risponda dei debiti del donante. Alcuni (6) affermano, che la donazione debba assimigliarsi ai legati, sicchè quando quella corrisponde ad un legato particolare, il donatario non è obbligato ai debiti personali del donante, quando ad un legato universale o a titolo universale, sorge in tal caso l'obbligo del pagamento dei debiti: ma perchè si ritiene come indubitato, che il donatario è tenuto a rispettare tutti i pesi reali, come per esempio le servitù e le ipoteche, è necessario distinguere: quando trattasi del rapporto del donante col donatario, dalla natura istessa delle cose segue: che i debiti non possono essere obbietto di donazione, ma solamente la parte attiva della proprietà del donante; sicchè per esempio, che A doni a B la sua casa o i suoi mobili, non è questi tenuto al pagamento dei debiti personali del primo: quando per contrario A doni a B soltanto una parte ideale della sua proprietà, B potrà dimandare da A solamente quello, a cui si eleva la parte ideale fatta sottrazione dei debiti, giacchè qui e per ragione e per l'uso del linguaggio è applicabile l'antica regola: *bona intelliguntur non nisi deducto aere alieno*. Si supponga dunque, che A abbia 10,000 *activa*, e 6000 *passiva*, e si dimanda a lui, a che si eleva la sua propeietà, egli non potrà dirla maggiore di 4000. Sicchè quando A doni a B la 1|2 dei suoi beni, potrà a causa dei debiti da 5000 *activis* sottrarre 3000 passiva, ed ove avesse mancato di ciò fare per sconsideratezza, avrà dritto alla restituzione di 3000 ma non mai sui beni proprii di B, giacchè è nel concetto di una donazione, che il donatario debba ritrarne un utile, sia molto o poco, ma non mai, che possa essere astretto ad aggiungere qualche cosa di proprio. Tutto questo può cambiare per contratto. Il donatario in rapporto coi creditori del donante non può naturalmente soffrir reclamo per i debiti personali di questo, quando egli stesso in rapporto col donante è esente dall'obbligo di estinguere i debiti. Ma quante volte *tacite* o *expresse* à permesso al donante di soddisfare i creditori, non potranno questi dirigersi contro di lui? Molti lo negano per la ragione, che da un contratto fra B e C non si genera alcun dritto per A; ma questi non posero ben mente, che nelle donazioni le terze persone possono giovarsi d'un patto, che torna a loro vantaggio (§. 151), e che è appunto un vantaggio per i creditori, quando possono reclamare non solo contro il donante, ma anche contro il donatario.

§. 243.

Per favorire il matrimonio fu apposta una eccezione ai principii del §. 242, la quale fu detta *institution contractuelle*, ed è la seguente: gli estranei che intervengono nel contratto matrimoniale dei conjugi (§ 96) possono donare agli stessi conjugi ed ai loro figli i beni presenti ed anche i futuri, presumendosi, che la donazione sia fatta ai figli (7). In questo caso non ammettesi la *revocatio ob ingratitudinem* (8); ma la donazione si estingue per contrario, quando comprendendo beni futuri, o presenti e futuri, avvenga al donatario di morire senza discendenti prima del donante (9). Vale il medesimo per i contratti di donazione dei conjugi fra loro, colla limitazione però, che la morte del donatario prima di quella del donante estingue la donazione, anche quando vi sieno figli, giacchè si presume, che il donante abbia inteso più che possibile rimanere padrone dei suoi proprii beni (10). Qui riconoscesi ai conjugi il grande privilegio, il quale mal si accorda colla loro subordinata successione intestata, d'imporre un usu-

(1) Art. 934-937.
(2) Art. 943-952.
(3) Art. 944-952.
(4) Art. 951.
(5) Art. 953, 966.
(6) Grenier, *Des donat.* 1. lil. 86-89.
(7) Art. 1082-1087.
(8) Art. 959.
(9) Art. 189.
(10) Art. 1091-1093.

frutto sull' intera porzione legittima degli ascendenti, ed in parte anche su quella dei discendenti (§. 252).

§. 244.

Dei fedecommessi universali (a).

Il Codice denomina *substitutions* tutte le disposizioni, colle quali è data qualche cosa ad una persona coll'obbligo di conservare e restituire. Perchè tali fedecommessi furono creduti contrarii al libero commercio, sono perciò generalmente vietati (1), col grande rigore cavillosamente difeso dagli espositori del Codice e non ammesso nel dritto Badese, che non solo il fedecommissario, ma anche il fiduciario (*le grevé*, *grevé de restitution*) non possa trarre alcun vantaggio dalla disposizione. Con la medesima disposizione s'intese rigettare benanche la *substitutio pupillaris* e *quasi-pupillaris*, non facendo il Codice menzione di queste benefiche istituzioni Romane. Fu questo un manifesto errore, giacchè tali sostituzioni non sono altro che l'atto, col quale A nomina un erede per B. incapace a testare, assicurando il figlio contro i reclami degli eredi intestati.

§. 245.

Fanno eccezione al divieto dei fedecommessi le dotazioni dei principii reali, e dei grandi Dignitarii (2), ed anche le così dette *dispositions officieuses* a favore dei discendenti d'un fratello o d'una sorella: su queste ultime è da osservare:

1) non può imporsi il fedecommesso sulla porzione legittima:

2) possono esservi chiamati solamente i discendenti di primo grado dei figli o dei fratelli e sorelle: possono pure i nipoti succedere coi figli *jure repraesentationis*. Tutti i chiamati debbono succedere in parti eguali.(3)

3) Dopo l'accettazione fatta dal chiamato il donante non può produrvi alcun parziale cambiamento (4). Questo principio fu invero combattuto, ma gli opponenti non posero ben mente alla storia di esso. Vi era prima una erronea opinione, la quale ammetteva qualunque arbitrario cambiamento, ma pronunziossi in contrario l'*ordinance des substitutions* dell'anno 1747, tit. I. §. 13 (5), che gli Autori del Codice in più occasioni, ed anche qui tradussero. 4) Per sicurezza dei beni e per la pubblicità del fedecommesso è ne-

(a) Quando si pon mente al modo, onde svolgesi il dritto nella storia Romana, sono visibili due tendenze, un forte e tenace amore e venerazione del passato, la coscienza della necessità di soddisfare i novelli bisogni, che col cambiare delle condizioni generali si generano. Il modo onde conciliare l'una e l'altra tendenza forma in gran parte il segreto, ed anche l'intelligenza della storia del dritto romano. Onde avviene, che mentre l'antico sistema rimane inviolato ed immutabile, un altro se ne forma per forza intima ed informatrice della vita Romana, il quale limitandosi sulle prime ad una esistenza secondaria e pacifica, a mano a mano s'insinua e s'incarna nel primo, e fatto gigante lotta coll'antico sistema, finchè una tale lotta si estingue nella legislazione Giustinianea. Questa osservazione ci spiega l'origine storica del fedecommessi, nella storia del dritto Romano.

Nel primo periodo di questa molti erano i divieti che relativamente alla persona dell'erede limitavano la facoltà di testare, provenienti alcuni dall'organismo speciale della famiglia Romana, altri dalla costituzione civile. Rimuovere ad un tratto queste limitazioni o non soddisfare al bisogno d'un sistema più libero non affacevasi allo spirito eminentemente conciliativo Romano: onde una novella istituzione fu creduta necessaria, che da una parte lasciasse intatto ed inviolato l'antico sistema, dall'altra aprisse un più largo campo di testare al libero arbitrio del testatore. Questa novella istituzione fu il fedecommesso, che è l'espressione la più vera delle due mentovate tendenze dello spirito Romano, giacchè dei due momenti che costituiscono il fedecommesso l'istituzione diretta ed immediata, l'indiretta e mediata, il primo rappresenta tutto intero l'antico sistema, il secondo è il prodotto d'un arbitrio libero ed illimitato. Così fu permesso ad una donna di prendere come fedecommesso quello, che erale vietato di ricevere per legge Voconia: un *Latinus Junianus* poteva essere fedecommissario: poteva essere gravato d'un fedecommesso colui, ch'era tenuto al legato: non furono esclusi dal fedecommesso i *peregrini caelibes, et orbi*, come pure le *incertae personae et alieni postumi*.

Fu questa l'origine storica del fedecommesso presso i Romani. Se oltre di queste vi fossero altre ragioni, che giustificassero una tale istituzione non solo storicamente ma anche assolutamente, sicchè cambiate le condizioni storiche, dalle quali originossi, fosse nondimeno tuttavia applicabile, è questa una quistione di filosofia del dritto ed anche di politica, perchè dipendente in gran parte dalle condizioni economiche e storiche d'un popolo, presso cui intendesi attuare.

(1) Art. 1084. — Zachariä, parte IV. p. 397-416.

(2) Art. 896.

(3) Art. 897.

(4) Art. 1032.

(5) Sallè, *Esprit des ordinances*, t. II. p. 36—39.

cessario adempiere ad alcune regole, che sono chiaramente ordinate negli art. 1055-1074.

§. 246.

Principii communi ai legati ed ai fedecommessi.

I. Il Codice non riconosce i codicilli ma i soli testamenti.

II. È parola delle cauzioni soltanto a proposito degli eredi obbligati a fare inventario per gl'immobili (1).

III. Sulla *cessio diei* leggonsi nel Codice (2) i principii dell' antico dritto (3); ma non vi si ripetono le molte e delicate limitazioni Romane.

SEZIONE III.

PRINCIPII COMUNI AI LEGATI, AI FEDECOMMESSI ED ALLE DONAZIONI.

§. 247.

Capacità di succedere.

Molte persone sono incapaci di succedere *ab intestato*, per successione testamentaria, e per donazione; molte soltanto per l'una o l'altra.

I. Sono incapaci per tutte queste specie di successione: 1) le persone, che al momento *delationis* non sieno ancora concepite, o non sieno nate vitali, o posteriormente abbiano sofferta la morte civile o naturale (4). Qualche cosa fu pure detto dei *postumos* nei contratti matrimoniali e nei fedecommessi (5); del resto fu conservata l'esclusione dei *postumorum* per timore del ristagno delle proprietà. 2) Gli stranieri, che non abbiano la capacità di succedere per mancanza di trattati internazionali (6). 3) Le persone, che si resero indegne di succedere, e contro queste ammettesi anche nelle donazioni tra vivi l' *actio revocatoria* (7).

II. Sono incapaci soltanto per le donazioni e per la successione testamentaria: 1) I tutori, come espressamente è detto nella Legge (8). 2) I figli illegittimi, quando sieno chiamati a più di quello, che spetta loro *ab intestato* (9). 3) I medici, farmacisti e confessori in quelle condizioni determinate nelle legge (10), giacchè temevasi da questi una violenza morale. 4) Gli stabilimenti pubblici, quando non sieno autorizzati dal governo, perchè molta proprietà non si accumulasse nelle mani morte (11). 5) Il secondo conjuge, in quanto questi non può ricevere più d'una quarta parte della proprietà, o più di quella d'un figlio del precedente matrimonio, che prenda il meno (12).

Molto dura è la regola (13), che le donazioni fatte ai genitori ai discendenti o al conjuge d'una persona incapace, debbano essere considerate a causa d'un presunto *dolus*, come fatte a questa istessa persona.

§. 248.

Condizioni generali per i testamenti e le donazioni.

I. Colui, che vuol testare o donare, dee averne la capacità. Ne sono incapaci: 1) gli stranieri, quando non ne sieno fatti capaci per trattati internazionali, come fu osservato nel §. 35: 2) i morti civilmente (14): 3) i dementi, che furono interdetti ne sono incapaci anche nei *dilucida intervalla*: non essendo ancora interdetti, ammettesi la nullità nel solo caso che la demenza si riveli dall'atto istesso (15): 4) i minori; questi sono capaci di fare donazioni per contratto matrimoniale, in tutt' altro caso sono incapaci, purchè non abbiano 16 anni; nel quale tempo possono liberamente disporre della metà dei loro beni (16). 5) Alle mogli non è lecito donare senza l'autorizzazione dei loro mariti; possono però testare (17).

§. 249.

II. *Condizioni intime.*

Tutto quanto potrebbesi dire a tale proposito, ed in ispecie sulla violenza, sull'inganno e sull' errore, dell' abbandono della istituzione all'arbitrio d'un terzo, è rimesso

(1) Art. 807.
(2) Art. 1014-1016, 1039-1041.
(3) Thibaut, *Pand.*, §. 941.
(4) Art. 25, 725, 906.
(5) Art. 343, 345.
(6) Art. 726, 912. — Brauer, *Comm.* parte II. p. 35. — 40.
(7) Art. 727-729, 955, 1046, 1047.
(8) Art. 907.
(9) Art. 908.
(10) Art. 909.
(11) Art. 910.
(12) Art. 1098, 1099.
(13) Art. 911.—Brauer, p. 340, 341. Zachariä parte IV. p. 205.
(14) Art. 25.
(15) Art. 504, 512, 901.
(16) Art. 903, 904, 905.
(17) Art. 217, 219, 905.

alla scienza, la quale si è arrestata ai principii delle Pandette (1).

§. 250.

III. *Determinazioni secondarie.*

1) *Condizioni.* Il Codice rigetta come *non adjectas* anche le condizioni affermative impossibili, ammette però le condizioni sospensive indeterminatamente (2), senza pure accennare alla delicata dottrina Romana d'un *provisorii* a favore dei creditori (3).

2) *Determinazioni di tempo.*

Di queste non è parola nel Codice: debbonsi però al tutto rigettare al pari delle *conditiones resolutivas*, giacchè potrebbero condurre all'obbligo di *conservare* e *restituere*, e sarebbero in opposizione col mentovato divieto dei fedecommessi (§. 244).

3) Leggonsi poche cose sul *modus* (4), e queste si accordano interamente coi principii generali del Codice.

Sulla nullità delle istituzioni nei testamenti e nelle donazioni.

§. 251.

INTRODUZIONE

Il Codice è qui molto povero di principii generali.

a) Per quanto riguarda il momento della nullità relativamente alla forma, segue dai principii generali e dalle parole espresse della legge (5), che deesi porre mente al tempo della formazione dei testamenti e delle donazioni.

Per tutti gli altri motivi di nullità si opina, che debbasi aver riguardo al tempo della *delatio* (6), ma per la capacità del disponente è da fare attenzione anche al momento della formazione, giacchè senza subbiettività giuridica non è possibile alcun dritto di disporre. 2) Il Codice non riconosce il principio Romano, che la caducità della istituzione generale dell'erede generalo importi anche quella delle parti accessorie del testamento.

3) Non è deciso nel Codice, se colui che sostituisce quello, che decade dal dritto di succedere, sia tenuto a pagare i legati imposti al primo; ma l'affermativa d'una tale quistione sembra certo molto più naturale (7), giacchè il nuovo successore non è tale perchè chiamato direttamente dal testatore: il legatario per contrario fu l'obbietto speciale della benevolenza del testatore, e non può soffrire perciò da una tale caducità.

§. 252.

Della nullità a cagione di esclusione degli eredi legittimi.

Il Codice (8), che riconosce anche gli eredi legittimi (*legittimaires*) ed una porzione legittima (*reserve* o *quotité non disponible*) è qui molto semplice, giacchè con molta dolcezza non permette come troppo dura alcuna diseredazione; come pure non ammette alcuna azione per la nullità dell'intero testamento per essersi violata la legittima, ma soltanto una *actio suppletoria ad explendam legitimam.* Dal resto vi si leggono le seguenti disposizioni:

1) Eredi necessari sono i soli discendenti legittimi ed anche gli ascendenti legittimi, quando sieno pure eredi intestati: ma non lo sono nè i fratelli nè le sorelle (9).

2) La porzione legittima importa per i discendenti *respective*, 1/2, 2/3, o 3/4 della massa, secondo ch'esistano 1, 2, 3, o più figli. Per gli ascendenti è 1/2, quando ve ne siano in entrambe le linee, per contrario solamente 1/4, quando non ve n'abbia, che d'una sola linea. Quando testa un minore, che abbia più di 16 anni, può disporre soltanto della metà di quello che potrebbe essendo maggiore (10).

3) Il dritto alla legittima segue l'ordine della successione intestata (11).

4) La legittima sarà estimata sullo stato dei beni al momento della morte (12), sarà data libera da qualunque peso, quando è questo il volere dell'erede legittimo (13).

(1) Zachariä, parte IV p. 201. Thibaut, *Pand.* §. 949.
(2) Art. 900, 1040, 1041.
(3) Thibaut, *Pand.* §. 953, 954.
(4) Art. 953, 954. — Zachariä, parte IV. p. 314.
(5) Art. 1339.
(6) Brauer, *Comm.* parte II. p. 342, 343.
(7) È in questo modo, che decide pure il dritto Badese art. 1043.
(8) Zachariä, parte IV. p. 244-283.
(9) Art. 913-915.—La parola *legittima* nell'art. 913 esclude i discendenti e conseguentemente anche gli ascendenti non legittimi; Brauer, *Comm.* parte II. p. 195, 193—Zachariä, p. 271—276.
(10) Art. 904.
(11) Art. 914, 915.
(12) Art. 913, 922, 924.
(13) Art. 917. 1052.

5) Se l'erede legittimo viene escluso in parte o interamente dalla legittima, egli avrà soltanto un' *actio suppletoria* (1), la quale azione è negata ai creditori concorrenti (2), sebbene Napoleone istesso con un sentimento più giuridico protestasse in contrario: la ragione fu, che il dritto di dimandare la legittima fu ammesso soltanto a vantaggio dei parenti, come se i dritti, che originariamente provengono da una benevolenza naturale non possano trasferirsi per cessione. Il reclamo per riduzione è intentato sulle prime *pro rata* contro coloro, che furono favoriti nel testamento (3). A causa d'un *praesumptus dolus* sono pareggiati a questi anche quelli, ch' ebbero donazione fra vivi con riserva di usufrutto (4).

Alle medesime persone riconoscesi anche il dritto della *querela inofficiosae donationis* contro coloro, ch' ebbero donazione fra vivi, la quale azione è efficace contro le terze persone(5). Il Codice non riconosce la Romana. B. P. *ex edicto Carboniano*; ammette però a vantaggio del figlio la *immissio ventris nomine* (6).

§. 233.

Nullità d' una disposizione testamentaria per altre ragioni.

I. Per quanto riguarda una nullità primitiva, il Codice si limita a dire, che la non osservanza dei suoi ordinamenti renda assolutamente nulla una disposizione testamentaria.

Non si fa menzione del *Senatus consulti Liboniani*, giacchè non è possibile per il testamento olografo, o per quello per atto pubblico, che il legatario vi scriva egli stesso il suo legato, e le molte solennità assicurano i testamenti mistici da qualunque frode.

II. Relativamente ad una nullità posteriore leggesi nel Codice quanto segue: 1) i testamenti sono *irrita*, quando alcuno muore civilmente (7). Non si fa menzione di tutte le altre cagioni, che rendono *irrita* i testamenti, ma gli espositori si attennero ragionevolmente ed in tutto ai principii Romani (8). 2) *Testamenta rupta* per dichiarazione di volontà del testatore. Nel Codice leggesi soltanto a tal proposito, che un testamento addiviene *ruptum:* a) per un contrario e novello testamento, o per un atto di semplice rivocazione davanti a due testimoni ed un notajo, o avanti a due notai (9). Il Codice si attenne qui in qualche modo alla grande inconseguenza del dritto Romano, la quale merita certamente un tal nome, giacchè le pruove necessarie ad esprimere la volontà del testatore non dovrebbero essere minori, quando trattasi di rivocarla. *b*) Contiene pure il Codice la particolare disposizione, che il legato addiviene tacitamente nullo per vendita; alla quale è pareggiata come per dritto Romano(10), anche la specificazione, e simiglianti atti. 3) Per difetto di capacità, e di volontà. In questo caso la disposizione è nulla: a) quando il chiamato addiviene incapace prima della *delatio* (11): b) quando l' obbietto del legato perisce (12): c) quando il chiamato vi rinunzia: *Les héritiers* debbono far questo nel modo ordinato dalla legge: possono posteriormente ritrattarsi dalla loro rinunzia, purchè il tutto sia ancora *in re integra* (13).

§. 234.

Esclusione per indegnità.

Vi sono anche secondo il Codice *personae indignae* incapaci a succedere. Senonchè tutto quanto rimane vacante resta nella massa ereditaria a vantaggio degli altri interessati, ed il Codice non ammette alcuna caducità a favore del fisco.

§. 235.

Sul jus accrescendi.

I. Gli eredi intestati hanno il *jus accrescendi:* quando però manchino tutti quelli del primo grado succedono gli altri del secondo: in difetto di questi è sostituita la classe la più prossima.

II. Relativamente ai legatarj non poche difficoltà pruovarono gli Autori del Codice, giacchè variamente opinarono a tal proposito i Romanisti. Fu creduta sufficiente la piccola determinazione, che *re et verbis con-*

(1) Art. 920.
(2) Art. 921.
(3) Art. 925 927.
(4) Art. 918.
(5) Art. 922-924, 929, 930. — Thibaut, *Pand.* §. 563.
(6) Art. 393, 725. — Thibaut, *Pand.* §. 792.
(7) Art. 25.
(8) Thibaut, §. 975.— Brauer, *Comm.* parte, II. p. 313-315.
(9) Art. 1035, 1036.— Thibaut, §. 979.
(10) Thibaut, *Pand.* §. 980, 982.
(11) Art. 1039-1041, 1043.
(12) Art. 1042.
(13) Art. 784, 790.

juncti (1) abbiano il *jus accrescendi*, ma non quelli semplicemente *re conjuncti*, fatta eccezione del caso, in cui la cosa sia indivisibile; che tutti gli altri legatarj non vi abbiano alcun dritto, e che relativamente ad essi l'*apertum* rimane nella massa a vantaggio del gravato (2). Ci rimangono ignote le ragioni di questi articoli, ma furono intesi al lodevole scopo (3) di porre un termine con parole decisive a tante controversie: per il che fu anche necessario un sagrificio, giacchè fu per regola generale negato il *jus accrescendi* appunto a quei legatarj, i quali con più ragione vi potrebbero pretendere, a quelli cioè puramente *re conjunctis*. Del resto per l'intelligenza dei qui mentovati articoli fa d'uopo porre mente, che l'intero testamento è sempre denominato dal Codice *un testament* o *un acte*, i particolari per contrario, che vi si contengono, *une disposition*. *Re et verbis conjunctis* sono quindi coloro, ai quali una cosa indivisa è legata *conjoinctement par une seule et même disposition*: quelli semplicemente *re conjuncti* sono per contrario coloro, ai quali fu legata la cosa nel medesimo atto, ma con disposizioni distinte (*séparément*). Quando due legatarj sieno fra loro *re et verbis conjuncti*, ed il testatore indicasse in seguito egli stesso i rapporti di partizione, che dovranno seguire da questa *conjunctio*, naturalmente non cesserebbero perciò di essere *re et verbis conjuncti*. Quelli, che sono semplicemente *verbis conjuncti* non hanno ragionevolmente sì per dritto antico come per la lettera della legge (4) il *jus accrescendi*, nè anche nel caso eccettuato dell'art. 1045, giacchè questo letteralmente parla dei soli *re conjunctis*. Il Codice per altro non accenna alle importanti quistioni, se il collegatario sia necessariamente obbligato al *jus accrescendi*, e se la porzione, che glie ne proviene, rimanga gravata dai pesi impostivi. Secondo i principj della ragione dovrebbesi risolvere per la negativa la prima quistione, per l'affermativa la seconda: giacchè considerando il testamento nel suo insieme, deesi dire, che la *portio accrescens* cui il testatore non intese dare al legatario, è un novello *commodum*, che come tale può essere ricusato. Ma quando il legatario l'accetti, è pure giusto, ch'esso per le ragioni addotte nel §. 251 ne sopporti anche i pesi. Il Codice nè pure decide la quistione, se anche i donatarj abbiano il *jus accrescendi*. Quando successivamente o contemporaneamente accettino una cosa donata nel suo intero a ciascuno, non è possibile alcun *jus accrescendi*, giacchè nel primo caso l'accettante anteriore è preferito al posteriore, nel secondo entrambi acquistano la loro parte. Ma che deesi decider se il donante nell'atto di donazione chiami A e B come *re et verbis conjunctos*, e di questi accetti soltanto il primo. È qui ragionevole, che si applichi per analogia la dottrina dei legati.

§. 256.

Apertura, esecuzione ed interpetrazione dei testamenti.

I. Sull'apertura dei testamenti è ordinato (5), ch'essa sarà fatta dal giudice per il testamento olografo e mistico, essendovi per essi più ragioni di temere le falsità, e che il Tribunale nè farà deporre l'originale presso un Notajo.

II. Gli esecutori testamentarj possono essere nominati secondo il Codice dal testatore. Per maggiore sicurezza si può assegnare a questi anche il possesso dei mobili, ma non più a lungo che per un anno, giacchè una facoltà contraria potrebbe nuocere al libero commercio (6).

III. La dottrina della interpetrazione dei testamenti è rimessa dal Codice alla scienza. Non vi si ammettono, come pure facevano Romani i *testamenta tacita*, giacchè sono ordinate per i testamenti dichiarazioni e forme positive.

SULLA PRESCRIZIONE

INTRODUZIONE

§. 257.

Questa dottrina forma la conclusione del Codice, e vi si aggiungono pure alcuni principii sul possesso, che furono esposti nel §. 65 (7). Niente altro è detto della parte generale di questa dottrina, senonchè vi sia una *praescriptio acquisitiva* ed *extensiva* (8), che il giudice non possa ammette-

(1) Thibaut, *Pand.* §. 994.
(2) Art. 1044, 1045.
(3) Maleville, *Anal. all'art.* 1044. 1045.
(4) Art. 1044.

(5) Art. 1007-Zachariä, parte IV p. 344. 347.
(6) Art. 1025—1034 Zachariä, p. 348. 356.
(7) Art. 2219, 2281.
(8) Art. 2219.

re la prescrizione *ex officio*, giacchè qui trattasi sempre d'un fatto, al quale potrebbesi rinunziare (1), che una persona possa giovarsene in ogni stato del giudizio (2), e che la prescrizione anteriormente cominciata debba essere regolata secondo l'antico dritto (3). Sulla *praescriptio extinctiva* alcune cose rimangono ancora dubbie, delle quali sarà fatta parola trattando della prescrizione delle azioni, come pure nè anche si accenna alla quistione, se debbasi considerarla come una istituzione di dritto delle genti, la quale quistione, quando si consideri la natura intima della prescrizione, dee essere risoluta per la negativa, giacchè una tale istituzione per quanto utile possa essere, abbisogna sempre d'una legge civile; sicchè è vera quella opinione, la quale non ammette alcuna estensione logica della prescrizione ad altri casi, e che gli stranieri, come i morti civilmente, sieno esclusi da un tale beneficio; questo ultimo punto però fu molto controverso. Il Codice non ammette una così detta *praescriptio conventionalis* (4), non permettendo un prolungamento dei termini legali della prescrizione, la quale regola importa che si possa *implicite* accorciarli.

PARTE PRIMA

SULLA *PRAESCRIPTIO DEFINITA*

SEZIONE I.

§. 258.

Principii generali relativi ad ogni specie di prescrizione.

Il Codice non richiede più la *bona fides*, come requisiti della prescrizione: rimangono sempre però necessarii per questa le seguenti condizioni generali:

I. Una legge. Per la natura istessa della cosa deesi ciò ammettere, come sembra significarlo anche l'espressione *par la loi* (5).

II. Il possesso, che non dee essere (6): 1) dubbio: 2) nè furtivamente esercitato. 3) *possessio nomine proprio* (7): è perciò, che anche gl'*immissi* non possono prescrivere contro l'assente (8) 4) non interrotto. Nella legge (10) è indicata come *interruptio naturalis* la cessione del possesso, ma secondo il sistema più moderno (§. 65) ciò deesi ammettere solo quando è protratta per un anno, e come *interruptio civilis* la ricognizione del debitore e la citazione, quando il giudizio venga continuato: vi si possono aggiungere altri casi, nei quali il possesso è fisicamente annullato (11): ma molte quistioni furono evitate (§. 65) sulla dottrina della perdita del possesso. Il Codice ammette pure una *accessio possessionis*, in quantochè l'erede continua la persona del testatore (12).

III. Tempo. A tal proposito il Codice (13) contiene la breve e saggia determinazione, che debbasi calcolare per intero il giorno, in cui cade l'ora della prescrizione, e che la fine di questo si protrae fino all'ultimo minuto.

IV. Capacità delle cose. Sono incapaci: 1) tutte le cose fuori commercio (14), quelle così dette del dominio pubblico (15), lo *status* d'un figlio (16), e certamente dopo l'abolizione d'ogni schiavitù anche lo *status libertatis*: in questa categoria debbonsi noverare le *res sacrae* e *religiosae* (17). 2) Le cose violentemente possedute, mentre dura la violenza, giacchè colui che la soffre non à alcuna libertà di reclamarla giudiziariamente (18). Un tale divieto si differenzia interamente dalla imprescrittibilità assoluta e relativa per dritto antico delle cose rubate o violentemente rapite. 3) *Res merae facultatis*

(1) Art. 2223.
(2) Art. 2224.
(3) Art. 2281.
(4) Art. 2220.
(5) Art. 2219.
(6) Art. 2229.
(7) Art. 2236—2241.
(8) Art. 132.
(9) Art. 2242—2250.
(10) Art. 2229.
(11) Art. 2235, 2237.
(12) Art. 2260, 2261.
(13) Art. 2226.
(14) Veggasi l'art. 538.
(15) Art. 328.
(16) Plane, *Della prescrizione* p. 76.
(17) Art. 2233.
(18) Art. 2232.

tis. Ciò è detto soltanto indeterminatamente nel Codice (1), nè ci viene chiarito dai discorsi e dalle discussioni. Perchè questa novella e tutta artificiale espressione fu molto dubbia fin ora, sicchè non poche definizioni ne furono date, così la scienza non può nulla decidere a tal proposito. Molte cose non ne sono eccettuate, e particolarmente non lo sono le cose dello Stato e di tutte le *universitatum*: ma con una legge del 2 febbrajo 1810 fu fatta eccezione per i soli beni della corona.

V. **Possibilità di reclamare.** Conseguentemente il Codice non ammette la prescrizione: 1) finchè l'azione non è ancora *actio nata* (2): 2) per le azioni dei conjugi tra loro (3), giacchè qui per rispetto conjugale non è a desiderare, nè deesi permettere alcun reclamo giudiziario: 3) in parte per le azioni dei conjugi contro i terzi. Per regola generale la prescrizione corre contro essi (4), ma non quando: A. l'azione non ancora è *nata* (5). B. quando l'azione della moglie contro i terzi opera indirettamente contro il marito (6). C. Quando un terzo possiede un immobile, che fu dato al marito secondo le *régime dotal* (§. 95), e non fu dichiarato alienabile nel contratto matrimoniale, finchè non è ammessa la separazione dei beni (7): la ragione si è, che un tale *fundus* essendo inalienabile non potrebbe essere prescritto. Ma è inconcepibile come avesse potuto aggiungersi (8), che la prescrizione corra nondimeno, quando sia cominciata prima del matrimonio: una tale disposizione fu combattuta nelle discussioni, e questo art. fu rimesso ad un novello esame; nondimeno fu lasciato passare senza contradizione. 4) Per regola generale non corre la prescrizione contro i minori e gl' interdetti (9), nè anche quella Romana di trent'anni. 5) Per le azioni degli eredi, che hanno fatto inventario contro la massa ereditaria: corre però per le altre persone (10); ciò fu riferito da Bigot nel suo discorso erroneamente ed appunto nel senso contrario. La ragione del primo principio dee essere stata, che l'erede avendo nelle mani i beni, non potrebbe reclamare contro se stesso: ma il medesimo principio non è giusto, quando si consideri, che i coeredi sono obbligati a soddisfarlo (11).

SEZIONE II.

§. 259.

Condizioni delle diverse specie della prescrizione ACQUISITIVA.

I. *Prescrizione della proprietà.* Questa è regolata in un modo molto semplice, come segue: 1) I mobili, quando è possibile per essi (§. 177) une *vindicatio* (cioè per le cose rubate o perdute), si prescrivono assolutamente in tre anni senza alcun riguardo della assenza, della *bona fides*, e del *justus titulus* (12).

2) Gl' immobili si prescrivono secondo l'assenza o presenza in 10, o 20 anni, quando il possessore possiede *justo titulo* ed *in bona fide*; in caso contrario in 30 anni (13). Non ammettesi più una limitazione della prescrizione di 3, 10, o 20 per la ragione, che non possa essere prescritto in questo breve termine, e che vi abbisognerebbe perciò il corso di 30 o 40 anni. È qui da porre mente ai seguenti punti: A. con molta verità giuridica il Codice richiede la *bona fides* soltanto nel momento dell'acquisto, e non in quello della tradizione, giacchè questa secondo il novello sistema (§. 185) non è più necessaria per la trasmissione della proprietà. B. È indispensabile sempre un *justus titulus* per la prescrizione di 10 o 20 anni; ed espressamente osservasi, che un titolo nullo non basti (14). Non può considerarsi come un *titulus justus* quello, che erroneamente si creda tale (15). C. Il Codice (16) con molta verità non determina l' *absentia*, come faceva Giustiniano (17), dalla persona del presente possessore, ma dal rapporto della cosa, come obbietto dell' azione giuridica, col vero proprietario (18). D. Colla prescrizione della proprietà sono interamente annullate le ipoteche dei terzi (19), ma non gli altri *jura in re aliena*, giacchè fra questi e la proprietà non àvvi alcuna contradizione. È perciò che il Codice ordina per lo servitù la prescrizione di 30 anni (20).

(1) Art. 2232.
(2) Art. 2257.
(3) Art. 2253.
(4) Art. 2255.
(5) Art. 2256 n. I.
(6) Art. 2256 n. 2.
(7) Art. 1561, 2255.
(8) Art. 1661.
(9) Art. 2252.
(10) Art. 2258, 2259.
(11) Planck, p. 231.
(12) Art. 2279.
(13) Art. 2262, 2265.
(14) Art. 2265, 2267.
(15) Planck, p. 142 nota 78.
(16) Art. 2265.
(17) Thibaut, *Pand.* §. 1015.
(18) Planck, p. 168-171.
(19) Art. 2180, n. 4.
(20) Art. 617, 706.

Nondimeno diversamento opina Planck (1); e questa sua opinione è in gran parte occasionata dalla erronea idea, che ammettasi per le servitù una prescrizione *acquisitiva* di 10 e 20 anni.

II. *Prescrizione delle servitù*, ed in ispecie: 1) delle servitù reali. A tal proposito il Codice si esprime con molta chiarezza (2). Non possonsi acquistare per prescrizione le *servitutes discontinuae*, e le *continuae non apparentes*; le *continuae apparentes* lo possono essere soltanto col possesso di 30 anni. La ragione è buona, giacchè per quelle è facile, che vi fosse un possesso occulto, ma non così per queste ultime. Sommamente arbitrario si è quanto segue: a) Maleville ammette nella esistenza d'un *justi tituli* una prescrizione anche per le servitù *discontinuis non apparentibus* (3). Può solo affermarsi (4), che colui, che à dal proprietario del fondo inserviente un titolo impugnabile, ma pure reale, potrà farlo valere, quando sia scorso il termine per impugnarlo; ma in tal caso la servitù non può considerarsi come prescritta, ma come *juste constituta*; b) Anche erronea è l'affermazione (5), che le servitù *continuae apparentes* possano con un *justo titulo in bona fide* prescriversi in 10 o 20 anni. Se è lecito ricorrere in questa dottrina anche alle analogie, vi contradirebbe chiaramente l'espressione assoluta « *trente ans* » (6).

2) *Servitù personali*. Queste non posssono essere prescritte, giacchè la loro prescrizione è *implicite* esclusa dal silenzio del Codice (7), e vi si oppone anche il suo spirito, stantechè non si differenziano da quelle, che il Codice denomina *servitutes discontinuas non apparentes*. Diversamente opino Planck (8), ma posteriormente abbandono la sua primitiva opinione (9).

III. Prescrizione *acquisitiva* di altri dritti. Il Codice non l'ammette, e la rigetta *implicite* (10), in ispecie per le ipoteche. Può ritenersi una prescrizione per altri dritti diversi dalla proprietà e dalle servitù solo in quanto segue secondo il §. 260 dai principii della estinzione delle azioni.

SEZIONE III.

§. 260.

Condizioni per le singole specie della prescrizione EXTINCTIVA.

I. A tal proposito è detto in generale, che senza una legge non sia possibile alcuna estinzione.

II, Singole specie di esse.

1) *Delle azioni*. Questo si connette secondo il §. 258 al principio, che l'azione debba essere un'*actio nata*: ma pure il Codice contiene *implicite* la novella determinazione (11), ed era necessità che la contenesse, che l'azione per un dritto da dover essere esercitato in uno stabilito termine sia perduta in 30 anni, se non sia esercitata. La regola fondamentale del Codice in questa dottrina si è (12), che tutte le azioni durano 30 anni: non è però determinatamente deciso, se il creditore decada dall'azione e non dal dritto, o se con quella perda anche questo. Planck è della prima opinione (13) per alcune vaghe espressioni degli oratori: ma per l'ultima è decisivo il Codice, giacchè questo considera estinta coll'azione l'intera obbligazione (14). Ed è questo pure lo scopo d'ogni prescrizione. Nondimeno secondo il §. 10 è per se stesso chiaro, che quello che volontariamente fu pagato contro la prescrizione, non possa più ripetersi (a). Il Codice à pure contro una tale regola limitate molte azioni ad un termine più breve, senza avere ammesso per alcuna altra un tempo più lungo. A. Ciò fu fatto in un modo molto indeterminato relativamente ai difetti occulti, sebbene e per la natura di questi e per le consuetudini del luogo non dovrebbesi ammettere un termine più breve per reclamare. B. Dieci anni du-

(1) Planck, *Della prescrizione*, p. 176-215.
(2) Art. 690, 691.
(3) *Analyse all'art.* 691 — Planck, p. 201.
(4) A cagione dell'art. 1304.
(5) Planck, p. 129.
(6) Nell'art. 690. — Lassaulx *Comm.* parte III. p. 217.
(7) Nell'art. 579.
(8) *Della prescrizione*, p. 211, 215.
(9) Nel suo scritto sul *Possesso* p. 189.
(10) Art. 190.
(11) Art. 2263.
(12) Art. 2262.
(13) Pag. 301-309.
(14) Art. 1648.
(a) È questa al certo una contradizione, giacchè se secondo il Codice il dritto e l'obbligazione istessa estinguonsi colla prescrizione, perchè mai non ammettesi la restituzione dell'*indebiti*, quandosi paghi un debito, al quale potevasi opporre, o si era pure opposta la prescrizione? La validità dunque del pagamento fatto da colui, a favore del quale stava la prescrizione, suppone l'esistenza del dritto, ed in ciò molto più conseguenti erano i Romani, i quanon ammettevano che colla azione fosse prescritta anche l'obbligazione.

rano. a) le azioni del pupillo contro il tutore (1); b) per rescissione e nullità d'un contratto (2); c) contro l'architetto risponsabile (3). C. Cinque anni: a) le azioni contro i giudici e gli avvocati per le carte loro affidate (4): b) degli avvocati per gli affari non ancora compiuti (5). c) per le rendite pagabili ad anni, a mesi, e giorni (6): d) per garantia d'una rendita assegnata in una divisione ereditaria (7): e) l'*actio de retrovendendo* (8). D. Tre anni durano: a) le azioni dei creditori contro i legatarii pagati dagli eredi, che hanno fatto inventario (9): b) quelle per separazione dei mobili ereditarii (10). E. Due anni a) le azioni degli avvocati per il pagamento dopo compiuto il processo (11): b) contro gli uscieri per le carte loro affidate (12): c) per una *laesio enormis* in una vendita (13): F. Durano un anno a) le azioni per nullità di matrimonio per difetto di consenso degli ascendenti (14): b) per restituzione d'una porzione di terreno violentemente staccata (15): c) per il più o meno, che fu dato nella vendita d'un territorio (16): d) le azioni per rivocazione d'una donazione o d'un legato per causa d'ingratitudine (17): e) le azioni dei medici, chirurgi, speziali, ed uscieri per tutto quanto ànno dritto di ripetere, dei mercanti per le somministrazioni fatte ai non mercanti, dei maestri, e dei servi, che si sieno obbligati ad anno (18): G. Durano sei mesi a) le azioni per nullità del matrimonio per difetto di consenso e degli anni determinati dalla legge (19): b) dei maestri, che convennero a mese, dei locandieri per spese ed alloggio, e degli operaj (20): H. Tre mesi le azioni dei membri d'una società in una divisione fatta per *arbitratores* (21). I. Due mesi le azioni degli eredi del marito per diniego della legittimità del figlio di questo (22). K. Un mese o due mesi l'azione di diniego del padre secondo che fu assente o presente (23). L. Quaranta o quindici giorni l'azione di restituzione, quando le *illata* d'un inquilino o colono furono trasportati altrove (24). M. Otto giorni l'azione di restituzione delle cose non vendute a credito, e dei mobili che non si trovino nelle mani del compratore (25). È un novello principio, che le indicate prescrizioni (26) corrano anche contro i *minores* (27), e che il Codice consideri le brevi prescrizioni (2271-2275) soltanto come una *praesumptio solutionis*, e permise quindi che fosse deferito il giuramento, non permettendo alcun' altra pruova; sebbene avesse disposto il contrario per le altre brevi prescrizioni. Meno chiare sono le ragioni, più è necessario seguire la lettera del Codice.

2) *Prescrizione de' dritti*. In generale questi sono dichiarati non prescrittibili, e perciò duraturi perennemente. Ma quando furono fatti valere con una azione, essi sono perduti coll'azione stessa, giacchè secondo il §. 260 n. II la prescrizione dell'azione rende prescritto anche il dritto (28).

3) *Prescrizione delle servitù*. A tal proposito è deciso quanto segue: le *servitutes discontinuae* ed anche le *personales* (29) perdonsi dopo 30 anni col semplice *non usus*, giacchè esse esistono appunto per fatto del possessore: le *continuae* però, perchè dipendenti da segni visibili, perdonsi solo quando colui che ne ha dritto si tacque per 30 anni in una *usucapio libertatis* (30). L'impossibilità posteriore di esercitare la servitù non impedisce la prescrizione (31), purchè non venga questa interrotta (32), o non si faccia alla parte contraria intimazione perchè la riconosca (33). 4) *Della patria potestà*. Per questa non ammette il Codice alcuna prescrizione, come pure nè anche 5) per i privilegi, senonchè per le ipoteche ed i privilegi iscritti l'effetto della iscrizio-

(1) Art. 1648.
(2) Art. 475.
(3) Art. 1304.
(4) Art. 1792, 2270.
(5) Art. 2275.
(6) Art. 2273.
(7) Art. 2277.
(8) Art. 886.
(9) Art. 1660, 1662.
(10) Art. 809.
(11) Art. 880.
(12) Art. 2273
(13) Art. 2276.
(14) Art. 1676.
(15) Art. 183.
(16) Art. 359.
(17) Art. 1622.
(18) Art. 957, 1047.
(19) Art. 2272.
(20) Art. 181, 185.
(21) Art. 2271.
(22) Art. 1854.
(23) Art. 317.
(24) Art. 316.
(25) Art. 2102 n. 1-
(26) Art. 2102 n. 4. 2.
(27) Art. 2271-2278.
(28) Art. 2278.
(29) Brauer, *Comm.*, Parte III. 28, 29.
(30) Art. 686.
(31) Art. 617, 706, 707 — Pardessus, *Des servitutes* p. 438, 439.
(32) Art. 704.
(33) Art. 2248.
(34) Lassaulx, *Comm.* III. p. 279.

ne si estingue dopo dieci anni (1). 6) *Del dritto ereditario.* Qui vale per regola generale la prescrizione di 30 anni (2). 7) *Altri casi.* Il Codice ripete alcuni particolari delle leggi Romane relativamente al termine, nei quale i tutori sono obbligati a far valere le loro scuse. (3)

SEZIONE IV.

§. 269.

Della restituzione contro la prescrizione.

Il Codice non ammette una simigliante restituzione, giacchè contro i *minores* non corre la prescrizione (§. 258) ed i *majores* (§. 175) non possono mai giovarsi della restituzione *ob absentiam* (a). La restituzione dei primi contro la così detta prescrizione convenzionale, testamentaria e giudiziaria è possibile solo quando, nell' abbreviazione del termine si contenga una lesione (4), il che è applicabile alla sola prescrizione convenzionale.

PARTE SECONDA

§. 262.

Sulla prescrizione immemorabile.

Il Codice si tace di questa, che anzi la rigetta espressamente in occasione delle servitù imprescrittibili (5). Sicchè mancando le condizioni della *proescriptio definita*, non ammettesi prescrizione alcuna (6).

(1) Art. 2151.
(2) Art. 133, 739.
(3) Art. 438. 439.
(a) La dottrina della restituzione à perduta quella importanza e quella espressione, che aveva presso i Romani; ed il pensiero moderno difficilmente potrebbe concepirla nella sua verità storica senza elevarsi al carattere proprio ed alle condizioni speciali del dritto e della costituzione Romana. Essa non ammettevasi come potrebbesi pensare, quando vi era violazione di dritto, giacchè in tal caso vi provvedevano i mezzi ordinarii di vendicare la violazione, ossia di ristabilire l'armonia fra il dritto ed il fatto, ma addiveniva necessaria appunto quanto l'applicazione rigorosa del dritto trovavasi in contradizione coi principii dell'equità, sicchè era un mezzo straordinario di conciliazione reso necessario dal forte contrasto del dritto civile Romano col *jus gentium*, e possibile soltanto in Roma, dove l'esistenza e l' ufficio del Pretore riempiva il vuoto, che è sempre inevitabile fra il dritto positivo ed il dritto astratto, e la cui alta posizione rendeva men sospetta l' applicazione e l' uso di questo mezzo arbitrario. — Una tale istituzione, quale la intendevano i Romani, è mancata presso i moderni, giacchè nei pochi casi, nei quali ammettesi presso noi, è appunto il contrario di quello che era presso i Romani, presso i quali era il mezzo di sottrarre un rapporto o fatto giuridico alle rigorose conseguenze del dritto civile, stante che presso noi tende appunto a prevenire la violazione del dritto.
(4) Art. 1306.
(5) Art. 651.
(6) Diffusamente ha trattato di *tutta questa* dottrina Zachariä, parte I. p. 265—297, parte II. p. 8. 58—69, 66—68, 312—320 p. IV. p. 481—497.

PARTE SECONDA

TRATTATI DI DRITTO CIVILE

TRATTATO PRIMO

SUL POSSESSO

SEZIONE I.

§. 1.

Sulla natura del possesso. (1)

La parola romana *possidere*, come la tedesca *besizen*, accenna nel suo primitivo significato al fatto, che alcuno abbia nel suo potere fisico una cosa materiale sedendovisi o corporalmente deteneudola, sia che intenda conservarla ed esercitare su essa un dritto, sia che abbia tutt'altro proposito (2).

§. 2.

È necessario, che il dritto positivo protegga questo fatto, e riconosca a colui che detiene una cosa, non solamente il dritto di difendere il suo possesso, ma lo provveda di mezzi giuridici e coercitivi per conservarlo, o perduto riacquistarlo. Sicchè il semplice fatto del possesso dee essere in ogni stato fonte di dritti, ma naturalmente nel solo caso, che il possessoro abbia l'intenzione giuridica di giovarsi realmente del possesso, e di conservarlo per una ragione giuridica, qualunque si fosse. Giacchè senza una tale intenzione la persona turbata nel possesso non potrebbe muovere reclamo che di violata personalità. È dunque necessario che il giurista estenda il concetto naturale del possesso, perchè questo meriti la sua considerazione, richiedendo dal possessore oltre la detenzione corporale (*detentio rei*) ma anche l'intenzione di volgere ad uso proprio ed esclusivo il fatto del possesso (*animus detinendi*). È questa la genesi del concetto primitivo del possesso giuridico (3).

§. 3.

Da questo concetto giuridico della natura del possesso segue, che il subbietto di esso debba nel medesimo tempo porre in atto il *factum animi et corporis*, e che non possa considerarsi come possessore colui, che sia incapace dell'uno o dell'altro. Sicchè può possedere quegli soltanto, che à un corpo, e sono interamente incapaci d'un possesso naturale le così dette persone morali, che sono incorporali, giacchè le persone fisiche individuali, dall'accordo delle cui volontà riconoscono la loro esistenza, non hanno alcuna importanza come parti segregate (4).

Chi non à l'*animus detinendi*, come per esempio colui, che non conosce, ch'egli possiede, o si persuade possedere tutt'altro obbietto, non esercita alcun possesso (5), ciò vale anche per i fanciulli e per i dementi, non essendo capaci di alcuna volontà (6). Più subbietti non possono avere nello stesso tempo un solo e medesimo possesso, giacchè i corpi si escludono nello spazio, ed è impossibile, che mentre l'uno possiede, possegga anche l'altro (7). L'obbietto del possesso deve essere una co-

(1) Molti dei più importanti scritti sul *possesso* trovansi indicati in Hofacker, *Prin. jur. R. G. T*, II. §. 756 ai quali voglionsi aggiungere i seguenti: Westphal, *Sistema del dritto Romano sulle differenti specie di cose*, §. 19—321—A. Cuper, *Observ. select. de natur. poss.* Spangenberg, *Saggio d'una esposizione sistematica della natura del possesso.* G. Fleck. *Hermeneutices tituli. P. de acquir, vel amitt. posses. Specimina duo.*—F. Sibeth. *Idee sulla dottrina del possesso*, p. 1.

(2) *L. I. pr. L. 3. pr.* §. 3 *h t.* (colle lettere *h. t.* si accennerà nel seguito sempre al titolo: *de acquir. vel. amitt. poss.* I grammatici quistionarono moltissimo sulla etimologia della parola, se derivasse da *ponere sedem*, o da *porro* o *sedere*, o da *pone* e *sedere.*

(3) *L.* 1. §. 3. *L.* 41. h. t. La parola *possessio* è usata molto impropriamente nelle *L.* 11. *de alienat. judic. mut, causs. fact. L.* 15. §. 1. 2. *qui satisd. cog. L.* 78. *de V.* 5.

(4) *L.* 6. §. 1. *derer. divis. L.* 7. § 1. *quod cujuscunq. univ. nom. L.* 10. §. 4. *de in jus vocand. L.* 1. §. 22. *h. t.*

(5) *L.* 3, §. 3. *L.* 34. *h. t.*

(6) *L.* 1. §. 3. *L.* 32. §. 2. *h. t.*

(7) *L.* 3. §. 5. *h. t. L.* 19. *pr. de precar.* Sulle molte quistioni, delle quali furono occasione questi frammenti veggansi Westphal. §. 65. Cuper, p. 86.—94. Fleck, p. 25—30.

sa corporale (1), ed anche determinata, giacchè il concetto del possesso come detenzione esclusiva non è conciliabile con quello di una parte indeterminata (2).

§. 4.

Relativamente all'acquisto, alla continuazione ed alla perdita del possesso segue dal concetto di questo, che non può cominciarsi un possesso senza il concorso della intenzione e del fatto della detenzione (3). Se alcuno si ebbe già fino a questo momento il possesso d'un cosa, non abbisogna che della intenzione giuridica per acquistarlo (*traditio brevi manu*) (4). Se per contrario ciò non avvenne, fa d'uopo, ch'egli dando di piglio alla cosa la riduca sotto il suo potere fisico. Se questo cambiamento procede dalla volontaria cessione fattagli dal precedente proprietario, potrà denominarsi questa una vera tradizione (*traditio*, o *vera traditio* (5).

§. 5.

Il possesso è perduto sol che cessi una sola delle sue principali condizioni, quando in alcuno volontariamente, o involontariamente estinguesi l'*animus detinendi*, o pure cessi il *factum detentionis*, sia che il possesso sia trasmesso, o pur no ad un'altra persona (6). Sicchè colla morte d'un uomo finisce il possesso, e sarà forza per l'erede ricominciarlo, ove gli piaccia godere degli annessi vantaggi (7).

§. 6.

La dottrina del possesso riuscirebbe molto facile, quando il suo concetto giuridico e naturale antecedentemente svolto potesse essere considerato come il principio unico in questa materia. Ma le leggi positive per via di finzioni giuridiche vi produssero tali e tanti cambiamenti, che al vero possesso fu sostituito uno al tutto nuovo, che appena il nome à commune con quello. Havvi particolarmente molti casi, nei quali colui di cui non può propriamento dirsi che possegga, è considerato dalle leggi come se possedesse (*possessio multa ex jure mutuantur*), come per contrario àvveno molti altri, nei quali dalle leggi è considerato non possedere colui, che realmente possiede (*possessio juris est*) (8). E poichè il concetto del possesso venne in tal modo giuridicamente determinato, il principio, ch'esso sia qualche cosa di fatto non potrà essere più inteso illimitatamente nel suo significato naturale: ma dovrà essere conservato, solo quando non sia possibile pruovare una innovazione legislativa. Sicchè la dottrina di un possesso naturale e giuridico rappresenterà i principj di questa materia, e quella d'un possesso giuridicamente determinato conterrà soltanto delle eccezioni.

SEZIONE II.

Del possesso, in quel modo che è inteso, e giuridicamente determinato dalle leggi positive.

§. 7.

I. *Casi, nei quali colui che possiede nel significato naturale della parola, dalle leggi positive è considerato non possedere* (9). Non è possibile ridurre questi casi ad un sistema logico, giacchè il dritto positivo non segue alcun principio generale nelle sue eccezioni: e possonsi qui presentare soltanto i seguenti particolari principj senza alcuna connessione logica.

§. 8.

1) Secondo il concetto primitivo è possessore chiunque à in suo potere una cosa per un motivo giuridico. Il dritto Romano à molto limitato un tale concetto. Perchè esso è in generale avverso alla moltiplicità delle azioni (10), non riconosce a ciascuno, che possegga nel significato primitivo della

(1) *L.* 3. *p. h. t. L.* 4. §. 27. *L.* 9. *de usurp. L.* 14. *pr. de servit. L.* 43. §. I. *de A, R. D.*

(2) *L.* I. §. 2. *L.* 26. *h. t, L,* 12. §. 2. *de usurp. et usucap.*

(3) *L.* 3. §. I. *L.* 23. *pr. L.* 48. *h. t.* §. 5. *in f. I. de interdict.*

(4) §. 44. *I. de rer. divis. L.* 9. §. 5. *L.* 21. §. I, *de acquir. rer. dom. L.* 9. §. I. 2. *de publ. in rem.* Con ragione osserva Cuper (p. 64. not. 27) che questa così detta *traditio brevi manu* segue pure dal concetto naturale del possesso.

(5 *L.* 3, §. I. *L.* 48. *h. t.*

(6) *L.* 3. §. 6. 8. 13, 17. 18. *L.* 15. *L.* 30. §, 4. *h. t.* In seguito (§. 22.) sarà parola del modo, onde conciliare queste leggi colla *L.* 8. *h. t.*

(7) *L.* 23. *pr. h, t,* Westphal. §. 28. 30. Hofacker, §. 773.

(8) *L.* 49. *pr.* §. I. *h. t.*—Cuper. *P.* I. c. 5.

(9) In seguito sarà facile osservare, che io riporto sotto questa rubrica molte cose che andrebbero più propriamente collocate nella seconda. Chiunque ha cuore di essere inteso, e di non disgiungere arbitrariamente materie intimamente connesse sentirà la presente necessità di violare il logico *decorum*.

(10) Fra l'altro io pruova anche il limitato numero delle azioni.

parola, le azioni giuridiche tendenti a difendere ed a riacquistare il possesso, e considera come al tutto inesistente un fatto giuridicamente inefficace: così nel dritto Romano l' espressione *possessor* accenna particolarmente e costantemente a colui, al quale per la natura del suo possesso si appartiene il dritto di *giovarsi nel proprio nome di tutti i mezzi obbligatorii e giuridici tendenti al ricuperamento del possesso.* I Romani esprimono un tale possesso colle parole: *detentio cum effectis possidendi*, o *affectione, tenendi conjuncta* (1), giacchè colui, che à tutti i dritti di possesso conserverà, e potrà solo persistere nella intenzione di conservare.

§. 9.

Chi sia possessore secondo il concetto della parola giuridicamente determinato, non può dedursi da alcuna regola, nè dai principii. I principii del dritto positivo, che il detentore del pegno sia *possessor* giuridico, ma non il fittajuolo, potrebbero essere cambiati mediante leggi positive. Sicchè tutta la quistione si traduce nella investigazione storica: quali persone sono veri *possessores* nel senso Romano? Secondo le leggi positive possonsi noverare in questa categoria il proprietario o pretendente, di buona o di mala fede (2), l'enfiteuta (3), il creditore, che à in suo potere il pegno (4), il sequestrante, al quale sono trasmessi i dritti di possesso, ed infine colui, al quale il proprietario graziosamente conceda non il semplice uso *(precarium simplex)*, ma anche i dritti di possesso *(possessionem precariam)* a lui spettanti sulla cosa. Ma egli sarà considerato come non possessore verso il concedente, quante volte trattisi della conservazione della cosa (5). Tutti gli altri che posseggono in forza di un dritto reale e personale, come l'usufruttuario, il fittajuolo, il commodatario, e depositario non sono considerati come possessori in questo senso (6). Sicchè quando odesi i giuristi dire, che sia possessore, chiunque abbia una cosa *cum animo sibi habendi* o *possidenti*, bisogna ben guardarsi dall'intendere nella parola *animo* l'intenzione di possedere una cosa da proprietario. Il detentore del pegno non possiede *animo domini*, ma pure egli ha l'*animum tenendi*, finchè possiede colla intenzione di essere un possessore giuridico. Di coloro, i quali non posseggono con *animo sibi habendi*, è detto, ch'essi hanno una *nuda detentio*, o possedono *nomine alieno* (7).

§. 10.

2) Vi sono ancora per eccezione molti altri casi, nei quali, colui che sarebbe possessore secondo l' indicato concetto, non è considerato come tale o per regola generale, o sotto alcuni rapporti. Di essi sono degni di particolare considerzione i seguenti: a) non può possedersi in alcun modo una cosa fuori commercio (8) b) non si considera come possessore chi possegga un uomo libero, ed abbia la coscienza della libertà di questo: si ritiene come valido il possesso d' un uomo libero solo quando vi si associi la buona o la cattiva fede, ch'egli sia schiavo (9): c) fino a quando un uomo libero è posseduto, è egli stesso incapace di possedere (10), d) come colui che è soggetto alla potestà del padrone o del padre (11): secondo il dritto posteriore però una tale regola pati eccezione nel caso, in cui fu permesso ai figli avere

(1) *L.* 13. §. I. *de publ. in rem. act. L.* 3. §. I. 3. *L*, 18. §. 3. *L.* 32. §. 2. *L.* 41. *L.* 46. *h. t.*

(2) *L.* I. §. 8. 9. 10. 22. 22. *L.* 12. *L.* 18. *de vi.*

(3) *L.* 15. §. 1. *qui satisd. cog.* conferita colla *L.* 3. §. 7. *ut possid.*

(4) *L.* 35. §. 1. *de pignor. act. L.* 13. *quae in fraud. cred. L.* 53. §. 4. *de usucap. L.* 22. §. 1. *de publ. in rem act. L.* 1. §. 15. *L.* 40. *pr. h. t.* — Cujac. *Observ. L.* 18. c. 24 — Meier, *Colleg. argent. h. t.* §. 9.10 — Per il *pignus judiciale* si ritiene generalmente la regola, che il *pignus judiciale* produca una *possessio*, il *praetorium* per contrario una semplice *nuda possessio*: per l'ultime era generalmente così. *L.* 3. §.*ult. h.t.* Colla *immissio ob absentiam fraudolentam* l'immesso acquistava una vera *possessio. L.* 7. *pr. quib. ex causs. in posses.* E questo avveniva pure ne' pegni stragiudiziali *ob contumaciam.*

(5) §. 6. *J. de interd. L.* 2. §. 3. *L.* 4. §. 1. 6. §. 2. 4. *L.* 12. *pr. L.* 15. §. 4. *de precar. L.* 13. §. 1. *de publ. in rem act.* Muller, *Ad Leyser Obs.* 844. F. Ramos del Mazzano, *Ad Tit. de acquir. vel amit. poss. P.* 1. *pract.* §. 5. T. F. de Retes, *Prael. ad h. t.* P, III. cap. 2. 27. Veggansi anche Westphal §. 108. Cuper, P. II. c. 7. Fleck, p. 104-108.

(6) *L.* 9. *de R. V. L.* 5. §. 1. *ad exhib. L.* 20. §. ult. *de A. R. D. L.* 12. *pr. h. t.* Cuper. P. I. c. I. All'usufruttuario riconosconsi del resto sotto un altro titolo dei dritti come possessore.

(7) Galvan, *de usufr.* Diss. 33. §. 4. Cuper, p. 21.

(8) *L.* 1. §. 2. *L.* 30. §. 1. *h. t.*

(9) *L.* 1. §. 6. *L.* 23. §. 2. *L.* 30. §. 1. *h. t. L.* 11. *L.* 23. *pr. ex quib. causs. maj. L.* 34. *in p. de stip. serv.* Cuper, p. 68. n. 3. 4.

(10) *L.* 54 §. ult. *de A. R. D. L.* 118 *de R. I.*

(11) *L.* 24. *L.* 49 §. 1 *h. t. L.* 38 §. 7 *de V. O. L.* 2 §. 2 *pro hered.* L. 93 *de Re I.*

una proprietà (1): sicchè chiunque cade sotto il potere d'un altro, per esempio per arrogazione o per schiavitù, perde con ciò il precedente possesso (2), come per contrario la semplice detenzione di quello, che era soggetto al potere altrui si converte in una vera *possessio* al momento che un tale potere cessi, che ciò avvenga con sua conoscenza o senza, quando però un tal dritto non gli fosse stato espressamente tolto (3). e) Se alcuno considerato come *possessor* giuridico non abbia nondimeno la cosa nel suo possesso naturale, un altro secondo la natura di essa potrebbe addivenirne possessore mediante tradizione. Senonchè è generale la regola, che la tradiziono rende pussessore l'acquirente solo quando il possesso può considerarsi como giuridicamente vuuto (4) *possessio vacua:* f). Quando alcuno intende possedere molte singole cose nel senso naturale della parola gli è forza avere in suo potere ogni parte speciale (5). Se però più cose sien unite insieme per aggiunzione, le accessorie giuridicamente sono considerate come possedute, solo quando ed in quel modo che possedesi la cosa principale. Sicchè aggiungendo ad un immobile una cosa mobile, questa sarà prescritta non come mobile, ma come immobile (6), e per essa potranno esercitarsi le medesime azioni possessorie, che concedonsi al possessore d'una cosa immobile (7). Quando però la prescrizione d'una cosa, che finora fu posseduta come mobile cominciò a decorrere al tempo, che fu unita ad un immobile, sarà prescritta come mobile anche dopo la congiunzione. g) Se una cosa soffre una *specificazione*, che ne vieti la proprietà, cesserà il possesso, anche quando il fatto provenga dal possidente (8). h) Quando ad alcuno per sentenza del magistrato è negata la *possessio*, e questa è riconosciuta ad un altro, quegli perderà mediante una tale sentenza i suoi dritti possessorii, e cesserà di essere possessore (9) i) se il possesso del testatore sia difettoso, sicchè civilmente è nullo, l'erede riprendendo il possesso come erede non avrà dritti possessorii differenti da quelli che si aveva l'istesso testatore (10). k) Quando alcuno abbia in suo potere l'immobile d'un altro, e sia nel novero di quelli, i quali secondo il già detto non sono considerati come *possessores* potrà egli acquistare il possesso con un fatto esterno di propria forza, ma a ciò fare non sarà bastante il *semplice pensiero* di voler possedere: è questo il significato della regola: *nemo causam possessionis sibi mutare potest* (11). Relativamente alle cose mobili è certo per altro, che il possesso di esse può acquistarsi con un fatto esterno: le leggi per contrario sono contradicenti sulla quistione, se la semplice intenzione valga a produrre il medesimo effetto (12): l) nei casi nei quali la donazione sia vietata fra i conjugi, il donatario non è considerato come possessore della cosa donatagli, quand'anche abb'a l'*animus tenendi* (13), sebbene gli si concedano i *remedia recuperandae possessionis* (14): m) il detentore del pegno il quale secondo il §. 9 è in generale possessore non è considerato come tale per l'usucapione (15): n) chiunque abbia la capacità di ridurre in suo potere una cosa per un motivo giuridico, potrebbe acquistare un possesso nel *senso naturale* di questa parola: sicchè anche un fanciullo lo potrebbe, quando fosse capace di assumersi coscienziosamente un dritto, il che non può negarsi, che non sia possibile in molti casi. Ma così non lo intende il dritto Romano. Chiunque à passati gli anni della fanciullezza può invero acquistare un possesso anche solo, ma non così per *contrario* un fanciullo (16) fatta eccezione del solo caso, in cui gli si trasmetta *ex causa donationis* il possesso d'una cosa mobile o immobile (17). Quando alcuni limitano questa ecce-

(1) *L.* 4 §. 1 *de usurp.*
(2) *L.* 23 §. 1. *L.* 30 §.3 *h. t. L.* 16 *de precar.*
(3) *L.* 44 §. 4, 7, *de usurp.* Cuper, p. 69 pr. 6-10. Diversamente opinarono a questo proposito F. Ramos del Manzano, l. c. P. I. *pract.* c. 2. De Retes, 1 c. P. I. c. 5 S. 3.
(4) *L.* 13. C. *de destr. pign. L.* 12. *C. de prob.* Per contrario la *L.* 16 *de fundo dotali* dee essere intesa per una *cessio rei vindicatio.* Veggasi Höpfer, §. 337.
(5) *L.* 30 §. 2. *de usurp.*
(6) *L.* 23 *de usurp.* L. 7 §. 1 *ad exhib.* L. 30. *h. t.*
(7) L. 1. §. 6. 7. *de vi et vi arm.*: si paragoni colla L. 1 §. 4, 6, 37. L. 3 §. 14. *eod.*
(8) L. 30 §. 4 *h. t.* Fleck, p. 71-74. Differente opinione è quella di Westphal, §. 176.
(9) L. 80 *de R. V.*
(10) L. 11 *C. h. t.*
(11) L. 1 §. 2 *pro donat.* L. 2. §. 2. *pro hered.* L. 18 *pr.* L. 47 *h. t.* L. 5. *C. h. t.* L. 12. L. 18. *pr. de vi.*
(12) L. 3 §. 18: si paragoni colla L. 47 *h. t.* — Fleck, p. 87, 88, 117, 118. Gluck, *Comm.* V. 2 §. 181.
(13 L. 26 *pr.* L. 46 *de donat.*
(14) L. 1 §. 9 *de vi et vi arm.* Cuper, P. II. c. 8.
(15) L. 1 §. 15. L. 35 *h. t.* L. 16. L. 33 §. 4. *de usurp.*
(16) L. 1. §. 3. L. 32 §. 2 *h. t.*
(17) L. 3. *C. h. t.* Galvan, *De usufr.* Diss. 33 §. 14. Perez, *Ad Cod. h. t.* n. 9.

zione fondata sulla dottrina del Codice ai soli mobili donati o pure semplicemente ai donati *jocolia* (1) falsano il dritto al pari di quelli (2), i quali estendono una tale regola particolare ad ogni acquisto di possesso.

§. 11.

3) Queste premesse chiariscono e rendono di facile intelligenza la distinzione per sì lungo tempo oscura della *possessio naturalis* e *civilis* (3), sol che esattamente si distinguono i due principali significati di quelle parole. In generale: 1) intendesi per *possessio naturalis* il semplice fatto della detenzione corporale, astrattamente pensato dall'*animo possidenti*: sicchè in questo senso la *possessio naturalis* esprime: a) ogni detenzione, alla quale non si associa alcun giuridico *animus tenendi* (§. 8, 9). Sono dunque denominati *possessores naturales* coloro tutti, i quali possedono la cosa altrui, ma che secondo il già detto non sono veri *possessores*: di questo novero sarebbero l'usufruttuario, il depositario, il fittajuolo, ed il commodatario (4): b) della medesima natura è il fatto della detenzione, al quale si accompagna invero l'*animus tenendi*, ma è pensato in se stesso ed astrattamente dall'*animo tenendi* (5). La *possessio civilis* in opposizione della *naturalis* è quella che i Romani comunemente indicano colla semplice parola *possessio*, il possesso cioè propriamente giuridico (6).

2) In un senso più limitato intendesi per *possessor naturalis* colui, che abbia l'*animum tenendi*, ma il cui possesso non sia riconosciuto dalle leggi. In questo modo riconoscesi una *possessio naturalis* al figlio donatario del padre, allo schiavo, alla moglie relativamente alla cosa donatagli dal marito (7). Per altro serve di fondamento a questa distinzione del possesso in *possessio naturalis* e *civilis* non il concetto naturale del possesso nel suo stretto senso (§. 2.) ma quello della *possessio* nel modo più limitato, in cui la intendevano i Romani (§. 8.). Sicchè *possessor naturalis* e *civilis* in questo senso è quello, che intendesi per *possessor civilis* nel primo significato. Quelli per contrario, i quali secondo il concetto generale della parola avrebbero una *possessio naturalis* non sono compresi nella espressione *possessor naturalis* nel secondo e più limitato modo d'intenderla, giacchè qui distinguonsi soltanto le differenti specie della vera *possessio*, ed in questa distinzione sono compresi quelli soltanto, che ànno una vera *possessio* secondo i principj generali. Con ciò si chiarisce la proposizione di Ulpiano (*L.* 1. §. 9. 10. *de vi et vi armata*) che secondo le idee communi riuscirebbe al tutto insignificante, che tanto il *possessor naturalis* quanto il *civilis* possano giovarsi del *interdicti unde vi*, come pure la moglie donataria del marito, ma non così il fittajuolo. Ora riesce facile chiarirla: il giurista prende l'espressione *possessio naturalis* in un senso più limitato, che non estendesi al fittajuolo, giacchè essendo incapace di qualunque *possessio* secondo i principii generali del dritto civile, non gli si potrebbe riconoscere nè anche una *possessio* riprovata dalle leggi (8).

(1) Fachinei, *Contr.* L. 8 c. 19.

(2) Per esempio Cuper, P. II. c. 24.

(3) Io seguo a questo proposito particolarmente Cuper, P. I. c. 3. Lo sfavorevole giudizio, che ha dato di lui Höpfner, *Comm.* §. 281 n. 11 non spaventerà alcuno. Le opinioni degli altri autori trovansi riportati in Glück, *Comm.* II V. 2 §. 180.

(4) L. 7 §. 11 *comm. divid.* L. 12 *pr.* L. 49 *pr. h. t.* L. 38 §. 10 *de usuris.*

(5) L. 1 §. 1. L. 3 §. 3, 13. L. 23. *pr. h. t.* L. 11 *de acquir. rer. dom.* L.ult. §. 1 *de pr.*

(6) L. 3 §. 3, 13. L. 23 *pr. h. t.* L. 7 §. 1 *ad exhib.* Nell'ultima legge il detentore del pegno non è considerato come *possessor naturalis*, *sed*, come Cuper p. 34, 35 con molta verità osserva — « *missa jam distinctione inter possessionem civilem et naturalem de creditore addit, propterea, quod debitoris possessio ficta comparata tantum erat ad usucapionem. Id itaque vult sibi Ulpianus, civiliter quidem possidet debitor, verum ad usucapionem tantum, creditor vero possidet ad alias omnes causas, et propterea hic non vero debitor ad exhibendum tenetur.*

(7) *L.* 24. *h. t.* L. 38. §. 7. *de V. O.* L. 2. §. 2. *pro hered.* L. 35. *famil. hercisc.* L. 1. §. 9. 10 L. 12. L. 18. *pr. de vi* L. 7. §. 1. *ad exhib.*

(8) Il modo, onde i predecessori di Cuper tentarono spiegare questo frammento, è molto poco sodisfacente: leggasi per esempio, Galvan, *De usufr. diss.* 33. n: 3—Westphal, §. 254, 55. L'ultimo afferma, che il *colonus* potesse invero giovarsi dell'*interdicti unde vi* non nel proprio nome, ma con quello del padrone. Se con ciò intendesi dire, e son certo che fu questa l'opinione dell'autore, che il colono poteva esercitare l'interdetto, solo quando ne aveva il mandato, credo avere il dritto di dimandare, donde si rileva un tale principio? Westphal, le cui idee erano molte oscure sulla *possessio naturalis* e *civilis*, appigliossi a questo espediente per trarsi d'imbarazzo. Fa perciò meraviglia, come mai Glück (*Comm.* V. II. §. 182.) dopo avere accolti i principii

§. 12.

Non si può in alcun modo pruovare, se i Romani abbiano più comunemente ed a preferenza intesa l'espressione *possessor civilis* e *naturalis* nel primo o nel secondo senso. Quando essi si limitano a dire: al *possessor naturalis* spettano o non spettano questi dritti, è necessità rapportare siffatta espressione generale al *possessor naturalis* si nel primo che nel secondo significato. La regola, che l'*interdictum unde vi* convenga anche al *possessor naturalis* dovrebbesi perciò estendere pure al fittajuolo. Le citate parole del giurista danno solo a dividere, che potevasi intendere l'espressione *possessio naturalis* in un senso più limitato.

§. 13.

Relativamento alla semplice parola *possessio* domina quasi la medesima regola: in generale accennasi con essa a chiunque abbia l'*animum tenendi*. Possonsi però, come fu per lo innanzi pruovato, noverare alcuni casi, nei quali per eccezione negasi la *possessio* anche al possessore con *animo tenendi*. Quando dunque le leggi si limitano a dire: un tal dritto si avviene soltanto al *possessor*, non può quello accomunarsi a colui, la cui *possessio* non è riconosciuta. Sicchè se dalle leggi è ordinato che il solo *possessor* potesse giovarsi del *interdicti uti possedetis* (1), non potrebbesi concederlo al *possessor naturalis* sia nel primo, che nel secondo significato, ed in conseguenza nè al fittajuolo, nè alla moglie donataria: non al primo, perchè secondo i principii generali egli non à alcuno *animum tenendi*, non all'altra, perchè per speciali eccezioni l'*animus tenendi* di lei si considera come inesistente; sicchè la moglie donataria, essendole generalmente negata la *possessio* (2), non potrebbe esercitare l'*interdictum uti possedetis* (3).

§. 14.

Quando le leggi appruovano la causa giuridica del possesso, questo è detto *possessio justa*; se la ripruovino, *injusta possessio*: à questo accennasi, quante volte i Romani usano quell'espressioni (4). Nondimeno un possesso giuridicamente ripruovato per la sua causa, può avere effetti giuridici, benchè resti *possessio injusta*. Un possesso, per esempio, ottenuto nel mistero, o colla violenza, è innegabilmente una *possessio injusta*, e pure concedonsi le azioni possessorie a colui, al quale si appartiene (5). Per altro un possesso può essere nel medesimo tempo giusto ed ingiusto. È questo il caso del possesso precario, il quale relativamente ai terzi si fonda sopra una ragione giuridicamente riconosciuta, ma non così per il proprietario, il cui semplice cambiamento di volontà riduce a nulla l'accordata concessione: da ciò proviene, che la *possessio precaria* è detto quando *justa* (6), quando *injusta* (7).

§. 15.

5) Non deesi però confondere il giusto ed ingiusto possessore col così detto *bonae et malae fidei possessor*: per quest'ultimo intendesi chiunque abbia coscienza, che il dritto da lui esercitato si appartiene ad un altro; il primo per contrario si è quegli, che usa del suo dritto nella persuasione che nessun altro ne abbia più ragione di lui (8). È possibile perciò che alcuno abbia una *justa possessio*, e sia nondimeno *malae fidei possessor*. In generale la dottrina della mala fede si fonda sopra un principio scientifico: in molti casi però gli effetti di essa si fondano astrattamente da qualunque giustificazione scientifica sopra presunzioni legislative: ed in ispecie: a) quando la coscienza del proprio dritto si genera in alcuno da un errore inescusabile, è questi considerato come *malae fidei possessor*, ma solo in quanto egli abbia il proposito di trarre un vantaggio dal suo possesso (9),

generali di Cuper, abbia seguito Westphal relativamente a questo punto.

(1) L. 3. §. 18. *uti possid.*
(2) L. 26. *pr.* L. 46. *de don. int.*
(3) Cuper, 6. II. c. 8.
(4) L. 13. §. I. *de publ. in rem act.* L. 22. §. I. *de noxal. act.* L. 31. §. 2. *de hered. petit.* L. 7. §. 4. *comm. div.* L. 5. L. 24. L. 33. *h. t.* L. 4. §. 12. *de usurp.*
(5) L. 2. *ut. poss.*

(6) L. 13. §. I. *de publ. in rem act.* L. 7. §. 4. *comm. divid.*
(7) L. I. §. *ult.* L. 2. *uti poss.* Alquanto differentemente opinò Cuper, P. II. c. 5–7. In fondo però delle differenti spiegazioni da lui proposte havvi sempre la medesima idea.
(8) L. 109. *de V. S.* L. 25. §. 3. 6. L. 13. §. 8. *de her. pet.* L. 2. C. *de fruct. et lit. expens.*
(9) L. 31, *pr. de usurp.*

e non per le pene, delle quali è minacciato (1).

6) Anche la *litis contestatio* riduce in mala fede il possessore, non illimitatamente però, come alcuni avvisano, nè colla limitazione, che da altri si propone, che i soli fatti particolari, che si accompagnano alla *litis contestatio* facciano realmente supporre la *malam fidem* (2). La natura della cosa, colla quale le leggi esattamente si accordano, mena oi seguenti risultati. Non può pretendersi da alcun possessore di buona fede, ch' egli abbandoni il suo dritto sol perchè un altro lo reclami (3): sicchè dalla *litis contestatione* non può necessariamente conchiudersi alla mala fede, ma dalla dimanda del reclamante deesi generare nell' animo del possessore un dubbio sulla giustizia del suo dritto. È perciò che non gli è più lecito disporre illimitatamente della cosa; deve anzi per una possibilità futura considerarla come *res aliena*. Egli risponde dunque di ogni colpa dopo la *litis contestatio* non altrimenti che il possessore di mala fede *ante litem contestatam*, e deve al reclamante, il cui dritto viene riconosciuto, tutti i *fructus perceptos et percipiendos* (4): è pure obbligato al pagamento degl' interessi dal momento della *litis contestatio* (5). Egli è pareggiato al *malae fidei possessor* per l'obbligazione della vigilanza: quest' ultimo però è tenuto a qualche cosa di più, giacchè doveva restituire la cosa volontariamente e non richiesto. È chiaro, che un tale principio è applicabile al *bonae fidei possessor* dopo la *litis contestatio* solo quando circostanze particolari sieno da tanto da persuaderlo del proprio torto. Sicchè per regola generale non risponde dopo la *litis contestatio* del *casus* (6), e per simiglianti motivi anche Leyser con ragione afferma (7), che la semplice *litis contestatio* non produce alcun obbligo del pagamento delle spese di procedura (8). Del resto presso noi la citazione tiene le veci della *litis contestatio* (9).

§. 16.

II. *Casi, nei quali colui, che secondo il concetto primitivo della parola o secondo le generali finzioni legislative non possiede, è pure considerato come possessore, ed in ispecie:*

1) *relativamente alla natura del possesso in generale e del modo di acquistarlo* (10). In questa categoria sono compresi i seguenti casi e distinzioni. A) a molti dei possessori nel significato primitivo della parola, e che pure (§. 9.) nel senso più limitato sono considerati come non *possessores* i Romani accordavano non relativamente alla detenzione della cosa, ma al passato esercizio del loro dritto le istesse azioni possessorie, che competono ai veri possessori, come se essi possedessero (*quasi possiderent*); donde i moderni formarono una nuova specie di possesso sotto il nome di *quasi possessio* (11). Per acquistare un tale possesso è indubitatamente necessario, che quando per l'esistenza del dritto, al quale mirasi, è necessario rimuovere l'azione d'un altro, si faccia opposizione al fatto di quest' ultimo, e questi ceda ad una tale opposizione: quando per contrario il dritto è uno di quelli così detti affermativi, è mestieri, che colui, che vuole essere considerato come possessore lo eserciti esternamente come un dritto proprio (12) ed è pure necessario o che il dritto gli venga trasmesso con un giusto titolo, o ch' egli lo eserciti col gradimento di colui, al quale provien un danno da un tale esercizio (13). Se la trasmissione d' un tale quasi possesso avviene coll' espresso consenso di colui, il cui dritto viene limitato dal possesso, è ciò detto (barbaramente) *quasi traditio*. Co-

(1) L. 25, §. 6. *de hered. pet.* Voet, *eod. Tit.* n. 7. *Cocceii, ibid. qu.* II.

(2) Di questa opinione sono Hellfeld. §. 567. Leyser *Sp.* 99. m. 6. Muller, *ad Leyser*, *Obs.* 236.

(3) L. 40. *pr. de hered. pet.*

(4) L. 45. *de R. V. L.* 19. §. 11. L. 25. §. 7. L. 31. §. 3. *de hered. pet.* L. 1. *C. eod.* L. 2. *de fruct. et lit. expens.*

(5) L. 35. *de usur.* L. 1. §. 1. *C. de hered.*

(6) L. 40. *de hered. pet.*

(7) Sp. 83. m. 5. Egli in contradizione delle leggi più chiare estende questa regola anche ai frutti.

(8) Winkler, *De discrim. int. lit. cont. vet. et hod.* Sect. II. §. 8. Emminghaus, *Ad Cocceii jus contr.* Tit. *de R. V. qu.* 11. not. p. Gönner, *Tratt. di proc.* V. II. n. 31. Chi desidera avere maggior numero di notizie letterarie su questa quistione, legga Wehrn, *Doctr. jur. explic. princ. et causs. damni hab. doli mali morae etc. rat. praestand.* §. 15.

(9) Stryk, *N. M.* Tit. *de R. V.* §. 14. Winkler, 4. c. Sez. III. §. 8.

(10) Quando alcuno è riguardato come possessore, sebbene non lo sia, un tale possesso è detto *possessio ficta* o *interpretativa*.

(11) *L.* 10. *pr.* L. 12. §. 3. L. 41. *pr. de lib. caus.* L. 23. §. 2. *ex quib. caus. maj* L. 20. *pr. de S. P. U.* L. 10. *C. h. t.* Cuper P. I. c. 4.

(12) *L.* 20. *de servit.* L. 10. *pr. si serv. vind.* L. 1. §. 6. L. *ult. de itin. act. priv.*

(13) L. 1. §. 2 *de S. P. R.* L. 6. §. 1. *si vero vind.* L. 11. §. 1. *de publ. in rem. act.*

me ciò debbasi regolare per i dritti affermativi non è dubbio; il concedente dovrà permettero all'acquirente almeno per una sola volta l'esercizio del suo dritto; ma le opinioni discordarono relativamente ai dritti negativi. È opinione predominante, che una *quasi traditio* di simili dritti riesca inconcepibile, e che quindi non possano acquistarsi se non per contratti. Ma se il godimento di simili dritti è possibile, lo sarà anche l'acquisto del possesso, e perchè le leggi non fanno alcuna eccezione per la *quosi tradictio* dei dritti negativi (1), si dovrà necessariamente affermare, che la *quasi traditio* dei dritti negativi consiste e non possa consistere che in ciò, che colui, contro il quale si dovranno far valere, si accorga del *factum contrarium* (2), e pur nondimeno lo tolleri. Ma giacchè in tutte le citate leggi riconosconsi i dritti possessorii soltanto a coloro, i quali si trovano nell'esercizio d'un dritto reale, e questo *singulare* non ci è lecito estenderlo, l'opinione più vera sarà di negare i privilegi d'un vero *possessoris* e per conseguenza la così detta *quasi-possessio* a coloro, i quali esercitarono dritti puramente personali verso una persona o una cosa (3). Questo principio però patisce una limitazione per dritto Canonico in ciò che concedesi il *remedium spolii* come a quasi possessori a coloro tutti, i quali si trovarono nell'esercizio di un dritto personale (4).

§. 17.

B. Il concetto del possesso ha ricevuto una importante modificazione in quantochè in molti casi più persone sono considerate nel medesimo tempo come possessori d'una cosa indivisa. Ciò avvieno in doppio modo: a) quando ai possessori *pro indiviso* si appartengono parti e dritti uguali, come quando due proprietarii, o fittajuoli possedono una medesima cosa: in tal caso il loro possesso è detto *compossessio*, e ciascuno di essi è vero *possessor*: per contrario dicesi *condetentio*, quando il possesso non è giuridico (5). Dalla *compossessio* segue, che ciascuno *compossessor* ha un dritto di concorrenza verso l'altro, ed un possesso esclusivo verso i terzi (6). b) È pure possibile, che molti possedano nel medesimo tempo una stessa cosa, ma sotto differenti rapporti: così, per esempio, il proprietario del pegno è considerato come possessore per quanto riguarda la prescrizione: per tutt'altro lo è il detentore (7). In seguito ci si porgerà l'occasione di noverare altri simiglianti casi (8).

§. 18.

c) Ancora più importante e più fecondo di conseguenze è il principio, che si possa acquire il possesso anche per il mezzo di estranea persona, purchè questa sia essa stessa capace di acquistarlo (9). Un simigliante possesso cominciato e continuato per mezzo altrui è denominato *possessio mediota* in opposizione della *possessio immediata*, che si origina colla detenzione propria e corporale del possessore (10). Ma una tale trasmissione non avviene però in tutti i casi, nei quali alcuno prenda il possesso per un altro. A tal proposito deesi fare attenzione a quanto segue. a) Il possesso acquistasi per persone intermedie e libere, solo quando alcuno ne abbia dato loro il mandato, o abbia assentito al loro atto di acquisto; nel quale caso non richiedesi la scienza del mandante nel momento dell'apprensione (11). Ma se ciò non ostante quelle prendano il possesso per se stesse o per un altro, il *mandante* nulla acquista, fatta eccezione del solo caso, che il possesso sia stato trasmesso al mandatario colla condizione che dovesse cedere al mandante (12). b) I tutori acquistano il possesso per i loro pupilli anche senza

(1) L. II. §. I. *de publ. in rem act.* L. I. §. *ult. de S. P. R.* L. 3. *pr. de V. et A.* L. 20. *C. de part.*

(2) J. Heisler, sul principio, che le servitù negative si possano acquistare soltanto per contratto.

(3) Spangenberg, Del possesso, §. 104.

(4) L. 7, 10, 12, X, *de rest. spol.* G. Fleck, *comm. binae de interdictis unde vi et remedio spolii*, p. 97-99.

(5) Stryk, *De compossessione* c. 1.° T. II. *Rivinus*, Diss. *de curematicis in materia possessionis et compossessionis* c. 2.

(6) Stryk l. c. cap. 4. Non occorrono nel dritto Romano le espressioni *compossessio* e *condetentio*, ma la regola istessa. L. ult. in fr. C. *de reb. auct. jud.* L. 15 *pr. de Carb. edict.*

(7) L. 13. *quae in fraudem cred.* L. 1. §. 15. *h. t.* L. 16. *de usurp. et usus.*

(8) Galvan, l. c. Diss. 34. n. 15. Cujac. *Obs.* L. 9. c. 32.

(9) L. 1. §. 2. 9. 10. *h. t.*

(10) È da leggere su questa distinzione particolarmente A. Faber, *Error pragm.* T. III. D. 74. Er. 9.

(11) L. 1. §. 20. L. 34. §. 1. L. 42. §. 1. *h. t.*

(12) L. 1. §. 23. *h. t.* L. 13. *de donat.* L. 37. §. 4. 6. *de A. R. D.* Per la conciliazione dei due ultimi Frammenti è da leggere Retes. l. c. P. I. Tr. 3. *Cons.* 4. §. 28. Chesii, *Interpetr. in jurisp. Rom. et Att.* T. II. L. I. c. 32.

che ciò fosse a notizia di questi, ma in quel modo, che è ordinato per i mandatarii (1). c) I figli di famiglia e gli schiavi acquistano il possesso per il loro padre e padrone, quando è dato *ex causa peculiare* senza che fosse necessario uno speciale mandato, o richieggasi la conoscenza del padre o del padrone, anche quando non ne abbiano avuta la volontà (2). In altri casi essi non potranno acquistare il possesso per il padre ed il padrone senza un precedente ordine, o la conoscenza di questi. La ragione, che il padre acquisti il possesso per mezzo del figlio non è, perchè il padre possiede il figlio (3). Ciò avviene *ex causa peculiare* anche quando il figlio è posseduto da un altro, o il padre non conosca di avere la patria potestà (4). Il padrone acquista per mezzo degli schiavi solo quando egli possegga questi sia realmente sia per finzione (5). La regola che le intermedie persone non possano acquistare il possesso per un altro è qui applicabile, ma colla limitazione, che il possesso non sia stato dato loro colla condizione di trasmetterlo al padre o al padrone: giacchè in tal caso la volontà di coloro che ricevono non vale a produrvi alcun cambiamento (6). Se più persone abbiano il dritto di acquistare il possesso per mezzo d'uno schiavo, nel dubbio il vantaggio cederà a colui dei proprietarii, per il quale lo schiavo à avuto il proposito di acquistare il possesso (7): altrimenti si seguirà la regola che più proprietarii acquistano il possesso *pro rata* (8), e che quando ad uno si appartenga l'usufrutto ad un altro la proprietà, lo schiavo acquisti il possesso per l'usufruttuario, quante volte lo abbia ottenuto dando opera agli affari di questo o pure per i suoi servigi; negli altri casi acquisterà il proprietario (9). Uno schiavo dato in pegno non acquista il possesso nè per il proprio detentore, nè per il padrone, giacchè quegli non ha alcun dritto di usufrutto, e questi non ne ha il possesso (10).

§. 19.

D) Il concetto del possesso si è moltissimo esteso per gli svariati mezzi, onde alcuno può acquistarlo sia per sè stesso sia per mezzo altrui d'un modo singolare. Cadono qui particolarmente in acconcio i seguenti casi: a) quando alcuno vuol ridurre sotto il suo potere una cosa composta, e cui non è possibile prendere in una sol volta, è sufficiente toccare soltanto una parte di essa per farsi possessore dell'intero, come per esempio in Germania l'impronta d'un suggello, la distrazione d'una zolla o d'una scheggia sono considerati come simboli sufficienti per acquistare il possesso d'una casa o d'un territorio (11). b) Se alcuno ebbe il mandato da colui che intende acquistare il possesso di deporre la cosa nella casa di questo, ciò solo basta perchè il possesso si trasmettesse dall'uno all'altro (12). c) Se una cosa mobile fin ora non posseduta è compresa o congiunta con un immobile, il possessore di quest'ultimo acquisterà la prima colla semplice intenzione (13). d) L'azione materiale non è necessaria, quando colui, che vuole acquistare il possesso, nel momento istesso che l'altro glie lo cede, è volto verso la cosa, o la domina collo sguardo (14). Questa così detta *traditio longa manu* suppone però per sua natura un doppio fatto. Quando alcuno vuole acquistare il possesso col semplice fatto proprio, non basta la semplice azione degli occhi; nessuna legge lo permette (15). Nondimeno non è necessaria una occupazione corporale, ma basta che l'acquirente si estenda alla cosa con un'altra da lui posseduta sia giuridicamente o fisicamente, in modo che un altro non possa impossessarsi dell'una senza toccar l'altra ed il possessore di questa: soltanto gli animali selvaggi debbono essere tenuti in modo, che non possano fuggire (16). Per questa ragione ed anche per la regola, che i terri-

(1) V. le leggi citate nella penultima nota.
(2) L. 1. §. 5. L. 3. §. 12. L. 44. §. 1. *h. t.*
(3) L. 1. §. 8. *h. t.*
(4) L. 4. *h. t.* L. 1. §. 6. *Cod*,
(5) L. 1. §. 14. 15. *h. t.* — Cujac. *Comm. ad* L. 4. *D. h. t.* — Chesius 1. c. L. 2. c. 40. Westphal §. 450. Cuper P. II. c. 26. 27.
(6) L. 1. §. 19. *h. t.* L. 1. §. 3. L. 30. *de stip. serv.* L. 37. §. 4. 6. L. 53. *de A. R. D.* L. 13. *de don.* Cuper, P. II. c. 29.
(7) L. 1. §. 7. *h. t.* L. 35. §. 5. *de A. R. D.* L. 22, §. 1. L. 35. *de stip. serv.*
(8) L. 1. §. 7. *h. t.*
(9) L. 1. §. 8. L. 49. *pr. h. t.* L. 21 *de usufr.* L. 10 §. 3. *de A. R. D.*
(10) L. 1. §. 15. *h. t.* da conferirsi col §. 10. nr. 12.
(11) L. 3. §. 1. *h. t.* L. 4. §. 1. *de per. et comm. r. v.*
(12) L. 18. §. 2. *h. t.*
(13) L. 3 §. 3 *h. t.* Si leggano su questa legge, Chesius 1. c. L. 11. c. 5 §. 4. 6. Wieling, *Lect. i. o.* L. 1 c. 19. Bynkershoek, *Obs.* L. 7. c. 1. Noodt, *Probab.* L. 2 c. 6. Faber, *Err. Pragm.* D. 75. E. 2. De Man, *Diss. ad* L. 3. §. 3. *h. t.* Westphal, §. 119. Cuper, P. II. c. 32. 33.
(14) L. 18. §. 2. *h. t.* L. 79. *de solut.* Si acquista pure *custode apposito* L. 51. *h. t.*
(15) Mascard, *De probat. Conct.* n. 13. Connanus, *Comm.* L. 3. c. 3.
(16) L. 13 14. *J. de rer. div.* L. 55. *de A. R. L.*

torii non abbisognano di essere percorsi per intero, affermasi, che si acquista un terreno sol che alcuno muovasi verso di esso per occuparlo. e) Quando alcuno alla vista d'un serbatojo o deposito di mercanzie ne consegna le chiavi a colui, che intende acquistare le cose, che vi si contengono, ciò solo basta a trasmetterne il possesso, *traditio symbolica* (1). f) Acquistasi egualmente il possesso colla cessione ad un altro dei titoli, che fanno pruova del proprio possesso, nel proposito di farlo possessore (2). Il possesso acquistato con questa tradizione simbolica è detto *possessio instrumentalis* (3). Alcuni pretendono, che perchè un tale atto producesse un simigliante effetto, debba avvenire *in praesentia rei* (4): pure non trovandosi ciò ordinato in alcuna legge, con più ragione andarono alcuni nella contraria opinione (5). g) Perchè le leggi generalmente statuiscono, che colui, che tiene in suo potere una cosa possa addivenirne *possessor* per semplice contratto (6), e che la detenzione giuridicamente non richiede l'apprensione reale, ma basta, che il così detto *detentor* sia nella condizione di potersi mettere in possesso a suo arbitrio, il concetto della così detta *traditio brevi manu* si è esteso in ciò, che il possesso giuridico possa acquistarsi anche in lontananza dalla cosa (7): senonchè fa mestieri, che il contratto fosse conchiuso fra presenti (8). h) Un modo al tutto singolare di acquistare il possesso è il contratto, che si usa communemente denominare *constitutum possessorium* (9). Ciò avviene quando alcuno essendo vero e giuridico possessore, trasmette ad altri la *possessio*, conservando per se la detenzione della cosa, e esercitando il possesso in nome altrui. In tal caso dovrebbesi rigorosamente consegnare prima la cosa e poi riprenderla: purnondimeno una tale oziosa solennità è rimessa, ed il semplice contratto è creduto bastante per la trasmissione del possesso. Esempii d'un tale *constituti possessorii* sono; quando alcuno vende una cosa, e pur nondimeno la ritiene come fittajuolo, usufruttuario, e commodatario: quando alcuno promette ad un altro una cosa in pegno, e ciò non ostante se ne riserva la detenzione per trarne dei vantaggi (10). Naturalmente in tutti i casi è necessario, perchè il *constituens* possa trasferire il possesso al *constitutarius*, ch'egli stesso abbia una *vera* giuridica *possessio* (11): non richiedesi però che un tale contratto avvenga in *praesentia rei*, come molti pretendono (12) giacchè nessuna legge l'ordina (13). Egualmente arbitrarie sono le opinioni, che sì di sovente occorrono negli scritti dei più antichi giuristi, che il *constitutum* si estingua colla morte di entrambi o di uno dei contraenti (14). Nondimeno deesi appruovare l'opinione di coloro (15), i quali avvisano, che debbasi supporre e ritenere una rinunzia del dritto di possesso da parte del *constitutarii*, quando questi nel corso di 10 giorni non prenda il possesso fisico, o l'abbia scientemente abbandonato per tre giorni ad un altro. Nel caso che più socii convengano in una così detta *societas universalis* addivengono reciprocamente e per semplice contratto *compossessores* dei beni esistenti al momento della convenzione (16). Le cose per contrario, le quali cadono in possesso di uno, si accomunano all'altro, solo quando gli sieno trasferite (17). i) Il possesso cessa colla morte, e non trasmettesi agli eredi (§. 5): non può per altro pruovarsi, che una legge generale abbia modificata una *tale* regola (18). Quando però il defunto come possessore avesse già acquistato un dritto a re-

(1) §. 45. *J. de rer. div.* afforzato dalla L. 74. *de contr. emt.* L. 1. § 21. *h. t.* Voet. *Comm. de reb. cred.* §. 5.

(2) L. 1. C. *de donat.*

(3) Una tale espressione è usata anche quando alcuno acquistando il possesso per pruovarlo lascia stenderne un documento solenne. Stryk, *Diss. de possess instrum. nat. et acqu.* c. 2. 3. 4.

(4) Bartolus, *Comm. ad* L. 2. *in f. C. h. t.* Mascard, l. c. v. 3.

(5) Zazius, *Ad* L. 3. *h. t.* n. 12. Hilliger, *in Doneill. enuct.* L. 5. c. 9. *in f.*

(6) §. 44. *J. de per.* L. 12. *pr. de evict.* L. 7. §. 1. L. 9. §. 1. *de publ. in rem act.* L. 9. §. *ult. de R. V.* L. 21. *in f. de A. R. D.*

(7) Il contrario si afferma sotto alcuni rapporti da Faber, *Error Pragm.* P. 3. *D.* 73.

(8) È questo l'unico modo senza esporsi al rimprovero d'una interpetrazione arbitraria di conciliare la L. 9. §. *ult.* L. 10. L. 11. *pr.* 11. *pr.* L. 15. *de reb. cred.* della L. 34. *mandati.*

(9) Tiraquell, *De jure const. poss.* t. h. Gilkenius, *de usucap.* c. 7. Spitz, *De natur. et effect. possess.*

(10) *L.* 28. *h. t.*

(11) L. 32. §. 1. *h. t.* Cuper, P. II. c. 40.

(12) Per esempio, Faber, *Error pr.* P. 3. *D.* 75. *E.* 1.

(13) Noodt, *Probat.* L. 11. c. 6. *in f.*

(14) Faber, *In Cod.* L. 7. T. 7. *Def.* 39. È ben altra cosa, quando il dritto estinguesi per sua natura colla morte, come l'usufrutto.

(15) Faber, l. c. *Def.* 10. Tiraquell, P. III §. 10. n. 2.

(16) L. 1. §. 1. L. 2. *pr. soc.*

(17) L. 37. *pr.* L. 52. §. 16. L. 74. *eod.* Un tal principio non è per altro indubitato. Vegg Coccejì, tit. *pro soc.* Emminghaus, *ibid.*

(18) Stryk, *D. de transit. poss in hered.*

clamare contro il fatto illecito d'un altro, trasmettonsi naturalmente agli eredi le azioni possessorie, che spettavano al primo (1). k) Si può pure acquistare il possesso con una decisione giudiziaria (2). l) Quando per dritto consuetudinario ammettonsi altri modi singolari di acquistare il possesso, deesi loro riconoscere una forza egualmente giuridica (3). I più antichi giuristi denominano *possessio civilissima* il possesso in tal modo acquistato in forza di speciali consuetudini e statuti (4).

§. 20.

E) In conclusione deesi ancora far menzione dei seguenti casi, nei quali si considera come esistente il possesso senza un rapporto corporale con una cosa materiale: a) una persona morale, la quale è incapace a possedere (§. 3.) può nondimeno acquistare e continuare il possesso mediante i suoi schiavi, o le intermedie persone libere (5) b) Quando alcuno per sottrarsi al reclamo d'un altro, abbandona maliziosamente il possesso, o pure durante il processo, benchè non possegga, intenti un'azione reale, è questi considerato come possessore non in generale, ma in rapporto dell'azione da intentarsi contro lui, o di quella da rimuoversi (6).

§. 21.

2) *Relativamente alla continuazione ed alla perdita del possesso*, la seguente regola è la principale e la più importante: A) chiunque avrà acquistato il possesso in uno dei modi sopra indicati sarà considerato come possessore, anche per l'avvenire, finchè non cambii espressamente di volontà, e non dichiari, che non intende più oltre possedere: quindi nè l'obblio della intenzione di possedere, nè il difetto compiuto di volontà valgono a far perdere il possesso (7). Per lo medesime ragioni le persone, alle quali la legge non riconosce una volontà, non possono perdere il possesso sol perchè lo vogliono (8). Una tale regola patisce eccezione, solo quando il possesso è dato ad un altro, che sia di buona fede (9). B) Il possesso dura, anche quando il possessore non tocchi la cosa corporalmente, purchè sia nella condizione di riprenderla quante volte gli aggrada (10). Il possesso d'una cosa immobile giuridicamente non è perduto, sol perchè un altro, cui riesce facile espellere, abbiasene furtivamente procurata la detenzione (11). Un tale possesso continuato nel detto modo e per la semplice possibilità della presa corporale è denominato *possessio mentalis*.

§. 22.

Da questi principii segue, che il possesso cessi mancandovi uno dei requisiti, ossia: A) quando giuridicamente perdesi l'*animum possidendi*. Generalmente richiedesi un cambiamento di volontà reale ed espresso; ma àvvi pure dei casi, nei quali legalmente presumesi l'intenzione di abbandonare il possesso. Nel novero di questi sono: a) il caso, in cui alcuno lasci le cose mobili e senza vita non guardate, e sciolte da ogni sua vigilanza (12). Il possesso delle cose mobili non perdesi però sol perchè alcuno le lasci non guardate (13). Quando ciò avvenga per negligenza, o pure il possessore resti assente per lungo tempo, un altro potrà mettersi in possesso impunemente. Sotto un tale riguardo il possesso deesi considerare come perduto, non però sotto altri rapporti, come, per esempio, per la prescrizione, la quale non interrompesi per la semplice negligenza di usare della cosa, o per una lunga assenza (14). Per le cose vive vi predominano altri principii. Possedesi uno schiavo, e per lui altro cose, anche quando sia assento, o siasi sottratto colla fuga (15):

(1) Müller, *Ad Leyser Obs.* 3. 14. Hellfeld §. 1497.

(2) L. 80. *de R. V.*

(3) È qui da far menzione della così detta *scotatio*, della quale è parola nel cap. 2. X. *de consult.*

(4) Stryk, *D. cit. de poss. instrumentali*, cap. 1. n. 29. Struv, *Ex.* 42. §. 17.

(5) *L. 2. h. t. L. 7. §. 2. quod cujusqu. univ. nomin.* Horn, *Diss. de possessione universitat.*

(6) L. 7. L. 25. L. 27. *pr.* 3. L. 80. *de R.V.*

(7) L. 31. § 4, *de usurp. et usuc.* L. 1 §. 25. *de et vi arm.*

(8) L. 1. §. 3. L. 27. L. 29. *h. t.*

(9) L. 2. §. 15 *pro emt.* Chesius, 1. c. Lib. II. cap. 39.

(10) L. 3. §. 13. 14. L. 44. *pr. h. t.* §. 5. 1 *de interdict.*

(11) L. 3. §. 7. L. 6. §. 1. L. 13. §. 3. 4. L. 25. L. 46. *h. t.*

(12) L. 3. §. 13. L. 47. *h. t.*

(13) L. 3. § 11. L. 30. §. 5. L. 44. §. 2. L. 45 *h. t.* L. 1. §. 25. *de vi et vi arm.*

(14) Non può trarsi una più estesa conseguenza dalla L. 37. §. 1. *de usurp. et usuc.* e Cuper (p. 65, 66 n. 20) va troppo oltre, quando egli illimitatamente ammette la perdita del possesso nel mentovato caso. Del resto non può determinarsi con certezza quello che qui intendasi per *longum tempus*. Retes, 1. c. P. II. cap. 2. §. 5 opina per 10 anni.

(15) L. 1. §. 14. L. 13. *pr.* L. 15 *h. t.* L. 5. §.

purnondimeno cessa il primitivo possesso, quando un terzo possiede lo schiavo, o questi visse lungamente come uomo libero, ed è pronto a sostenere un giudizio sul suo *status* (1). Se uno schiavo posseduto è dichiarato libero, legalmente è considerato, come se sin dal principio della lite avesse il tutto posseduto egli stesso: come per contrario, quand' anche il padrone non l' abbia sin ora posseduto, se però la decisione del magistrato glielo aggiudica, si considera come non interrottamente posseduto da lui(2). Per quanto riguarda gli animali è d' uopo distinguere i selvaggi, i domestici, ed i domati. Possedonsi i primi finchè si abbiano in potere, o siano detenuti fisicamente, o può ricuperarsene la detenzione quando si voglia, per esempio, se alcuno si abbia il pesce in una cassa o peschiera, il selvaggiume in uno spazio strettamente chiuso, e non quando si conservi il pesce in un lago, o il selvaggiume in una foresta anche cinta di siepe: giacchè in questo ultimo caso il ricuperarne il possesso dipende sempre dal caso (3). Possedonsi per contrario gli animali domestici o domati, finchè questi non abbiano rimessa l' abitudine o appresa o naturale di andare e ritornare, quasi dovessesi riconoscere loro l' *animum revertendi*: altrimenti se ne avrà il possesso, finchè si abbiano in potere (4). b) Si suppone l' intenzione di abbandonare il possesso, quando il possessore non espelle immediatamente dalla detenzione colui, che furtivamente siasi posto in possesso della sua cosa immobile (5). B) Il possesso cessa, quando il presente possessore è posto fuori condizione di riprendere a suo piacere la detenzione fisica della cosa, per esempio, quando questa fu occupata da schiere nemiche, quando è perduta, o coperta dalle acque (6). Nondimeno non cessa il possesso in tutti casi di perdita della cosa, quando cioè non conoscesi dove si trovi: ciò avviene nel caso, in cui una cosa mobile sottrattasi alla vigilanza d' una persona si trovi in un luogo sconosciuto: ed il possesso non sarà perduto, se trovisi in uno spazio appartenente al possessore, o in un determinato luogo, cui si dovrà solo diligentemente ricercare per ricuperare la cosa perduta (7). Coloro, la cui volontà è impotente perdono il possesso, solo perchè riesce loro impossibile ricuperarne la detenzione(8).

§. 23.

Una regola egualmente importante si è, che si può continuare il possesso anche per via d' intermedie persone, e che alcuno è considerato come *possessor*, quando rilascia il possesso naturale alle persone, alle quali secondo il già detto riconoscesi una *nuda detentio* (9). Da ciò proviene l' importante conseguenza, che finchè queste persone intermedie non sieno espulse dal possesso, il possessore giuridico non perderà il possesso anche quando un terzo se lo approprii contro la propria persona di lui (10). Se queste persone intermedie per debolezza di spirito addivengano incapaci a persistere nella intenzione giuridica (11), o pure abbandonino il possesso, il possessore giuridico nulla perde con ciò: ma avviene il contrario, se quelle cedino realmente ad un altro il possesso (12), o quando questi appropriossene

ult. ad exh. L. 9. *de servit. oxport.* L. 25. §. 2. *de lib. caus.* L. 2. §. 25. *de vi bon. rapt.*

(1) L. 3. §. 10. L. 50. §. 1. *h. t.* L. 15. §. 1. *de usurp. et usuc.*

(2 L. 12. *ex quib. caus. maj.* L. 24. L. 25. §. ult. *de lib. caus.* L. 5. C. *eod.* Maranus, *Ad* L. 1. §. 14. *h. t.* p. 609. Culac. *Obs.* L. 8. c. 23. Retes 1. c. p. 476. §. 10.

(3) L. 3. §. 14. *h.t.* Perchè la proprietà degli animali selvaggi perdesi col loro possesso, §. 12. *J. de rer. div.* così pure possonsi acquistare coll' occupazione i pesci e gli animali selvaggi, che trovansi nel mare o nei campi aperti appartenenti ad un altro. È poco importante quello che dice in contrario Höpfner §. 300. not. 4. Veggasi Westphal §. 43. 44. Fleck p. 78-84.

(4) L. 3. §. 15. 16. *h. t.*

(5) L. 5. §. 1. L. 7. L. 25. § L. 46. *h. t.* Il possesso delle cose mobili cessa nel momento istesso, che un altro si è di fatto impossessato di esse. L. 3. §. 18. L. 15. L. 47. *h. t.*

(6) L. 3 §. 13. 14. 17. L. 13. *pr.* L. 18. §. 3. L. 25. *pr. h. t.*

(7) L. 3. §. 13. L. 25. *pr.* L. 44. *pr. h. t.* — Cuper, P. II. c. 34.

(8) L. 11. *de A. R. D.* e L. 29. *h. t.* debbonsi interpetrare nel suddetto modo. Cuper, P. II. c. 37. 38. Spangenberg §. 57. not. a.

(9) L. 1. §. 5. L. 20. L. 34. §. 1. L. 42. §. 1. L. 41. §. 1. *h. t.*

(10) L. 1. §. 45. *de vi et vi arm.* Fleck, *Comm. de interd. un de vi* p. 28 not. 1.

(11) L. 25. § 1. *h. t.* L. 31. §. 3. *de usurp. et usucap.*

(12) Il contrario affermasi da Struben 1. v. come da molti altri — Rave, *De praescript.* §. 75. p. 118. 115., il quale è della medesima opinione, molto logicamente conchiude, che il terzo, che si ha procacciato il possesso nel detto modo, non potrà mai acquistare la cosa per prescrizione. Tutto questo però è falso. Secondo il dritto delle Pandette è indubitato, che quando una persona intermedia trasmette il possesso ad un terzo, questi ne addiviene possessore L. 44. §. 2. *h. t.* — Del resto è chiaro, che quando le persone intermedie cedino ad un altre la semplice *nuda detentio*, che ne hanno,

con un fatto esterno e proprio (1) purchè anche in questo ultimo caso la cosa sia soggetta al potere del possessore (2).

SEZIONE III.

Sugli effetti giuridici del possesso.

§. 24.

La dottrina delle conseguenze giuridiche che risultano dal possesso, può essere qui toccata soltanto nei suoi tratti principali, ma non svolta compiutamente, giacchè si connette coi particolari di molte altre materie, ed a colui, che abbia conoscenza di queste, dee essere nota anche l'altra; altrimenti una trattazione speciale ed astratta non riuscirebbe chiara abbastanza. Le due principali quistioni, che possonsi qui ventilare, sono le seguenti: quali dritti genera il possesso? quali obblighi ne risultano?

§. 25.

I. I dritti (3), che si associano alle differenti specie di possesso (il così detto *jus possessionis*) sono principalmente i seguenti:

1) Ogni possessore può difendere coll'uso delle proprie forze il suo possesso (4), ed anche espellere colla violenza colui, che venga ad usurparlo, purchè ciò avvenga nel più breve intervallo (5). 2) Può difendere con mezzi giuridici il possesso presente ma violato, e ricuperare il perduto: una tale facoltà non è però comune ad ogni possessore, come sarà pruovato nella dottrina sugl' Interdetti. 3) Il possessore nel dubbio è preferito a qualunque altro, quante volte è quistione dei dritti di possesso: *in pari causa melior est conditio possidentis* (6): egli perciò per regola generale non è necessitato: a) pruovare la causa giuridica del suo possesso (7): b) non è obbligato cedero ad altri il possesso, che a colui, che addimostri un dritto migliore (8). Questi favori però mancano, quando presunzioni giuridiche e particolari sono contro il possessore, nel caso per esempio che il possesso importi la limitazione d'un dritto, che per sua natura è illimitato (9). c) Nella forza eguale delle pruove è da preferirsi il possessore (10). d) Questi non può essere (*ex lege diffamari*) provocato a far valere giuridicamente il suo dritto al possesso (11). 4) Chiunque è possessore, e cede ad un altro la detenzione della cosa, può al momento istesso che cessa il dritto del detentore usare delle proprie forze per riprenderla fisicamente, purchè questi non gli opponga alcuna resistenza (12). 5) Un possesso non ottenuto con mezzi illeciti e violenti dà facoltà al possessore di esercitare il dritto di ritenzione quante volte siavi connessione di dritti. Qui suppongonsi come noti il senso e la determinazione più particolare di questo principio (13). 6) Nei casi, nei quali un dritto reale non prende realtà senza la presa materiale della cosa, il possesso considerasi come la causa più immediata dell' acquisto di esso. 7) Il possessore di buona fede acquista in molti casi i frutti tratti dalla cosa, quando condizionatamente quando illimitatamente. Questo principio sarà più particolarmente svolto nella trattazione della dottrina della *rei vindicatio et hereditatis petitio*. 8) Il possessore di una cosa immobile è per regola pratica esente da ogni obbligo di cauzione durante la procedura (14).

§. 26.

Particolarmente degna di attenzione almeno sotto il rapporto storico è la quistione sì vivamente agitata, se i dritti che risultano dal possesso (*jus possessionis*) sieno reali o personali, o d'una terza ragione. Quest'ultimo caso non è possibile, giacchè àvvi ad un altro la *nuda detentio* con ciò solo non annettasi la *possessio* del vero possessore L. 25. § 1. L. 30. §. *ult. h. t.*

(1) L. 12 L. 18. *pr. de vi et vi arm.* conf. col §. 10 nr. 1.

(2) L. 15. *h. t* L. 40. *pr. eod.* L. 33. §. *ult. de usurp.*

(3) G. Ficiller, *De poss. commodis* — Müller, *D. beati possidentes.*

(4) L. *ult. h. t.* L. 3, §. 9. L. 17 *de vi.* L. 1. C. *eod.* L. 29. §. 1. *ad L. Aquil.*

(5) L. 3. §. 17. *de vi.*

(6) L. 3. §. 1. *h. t.* L. 128 *de R. I.*

(7) Affermasi communemente, che la *hereditatis petitio* faccia eccezione. L. 12 *de hered. pet.* L. 36 *de R. V.* conferit. colla L. 6. §. 1. *de interpr. in jure.* Cuiac, *Obs.* L. 10. c. 1. Ma in realtà una tale eccezione non esiste: giacchè anche qui colui contro cui reclamasi, non giustifica il possesso, ma risponde soltanto alla quistione: se il reclamo sia diretto contro lui.

(8) L. 11. C. *de pet. hered.* L. 24. *de R. V.* L. ult. C. *eod.* Reinhartii, *De poss. ab onere prob. relev.*

(9) Mevins, P. III D. 205 — Carpzov, P. II. c. 8. — Stryk, *D. de possidente non meliore.*

(10) Cap. 6. X. *de prob.*

(11) P. Müller, *Diss. cit.* M. II. §. 4.

(12) Struben v. III.

(13) Heitfeld, Tit. *ae, compens. i. f.*

(14) Tit. P. *qui satisdar. cog.* dove cade in acconcio un maggiore sviluppo di questo principio.

soltanto due modi di difendere il proprio dritto, o con un'azione reale, o personale. Se dunque ci riesce pruovare, che *i remedia recuperandae possessionis* non sieno *actiones in rem*, ne seguirà necessariamente, che debbano essere *actiones in personam*, ossia, che il così detto *jus possessionis* è personale. Non è però difficile ciò pruovare; giacchè quando alcuno possedeva prima d'un altro, non potrà reclamare il perduto possesso contro questo sol perchè possedeva. Secondo il dritto Romano il passato possesso dava la capacità di reclamarne contro i novelli possessori (personalmente sempre) nel solo caso, ch'essi vi si fossero immessi con atti violenti ed illeciti (1). Il dritto canonico à fatto un passo in avanti, ammettendo l'*actio et exceptio spolii* anche contro il successore del violento possessore, purchè sia egli stesso di mala fede (2), ma in nessun modo contro ogni terzo possessore (3). Sicchè quanto vi à di più maraviglioso in questa quistione si è, come mai abbiasi potuto di ciò quistionare.

§. 27.

II. Il possesso produce anche delle obbligazioni. Noi non possiamo qui svolgerne i particolari, che debbono essere trattati colà, dove essi sono in una connessione naturale: In ispecie però: a) il possessore deve rispondere alle *actiones in rem et in rem scriptas*, che riguardano la cosa posseduta. b) Quando sia in mala fede risponde in molti casi del *casus*, ed anche dei frutti non raccolti, e degl' interessi. Anche questi principii sarebbero male a proposito svolti nella dottrina del possesso, e perciò non cade qui l'acconcio di trattarli compiutamente.

(1) L. 1. §. 12, 13, 14. L. 3. §. 12. *de vi.*
(2) Cap. 18. X. *de rest. spol.*
(3) Il contrario affermasi in vero da Mevius, P. IV. *D.* 69. P.VIII. *D.* 383. ma veggasi *Boehmer*, 1. *E.* P. L. II. T. 13. 8. 7-11 §. 16-17.

TRATTATO SECONDO

SULLA PRESCRIZIONE (1).

INTRODUZIONE

§. 1.

Ogni dritto considerato como libera capacità di operare, è per sua natura perpetuo. La semplice negligenza di esercitarlo da parte di colui, al quale si appartiene, non può produrne la perdita, nè per contrario l' esercizio che ne faccia un altro può fare, che questi lo acquisti. Nondimeno determinazioni positive possono render possibile, che l' abbandono dell' esercizio d'un dritto abbia per conseguenza la perdita di esso. Una simigliante perdita che si fonda sul fatto, che alcuno per un determinato tempo abbia negletto di esercitare il proprio dritto, è quella che dicesi prescrizione (*praescriptio* s. *lato*).

§. 2.

La prescrizione come istituzione positiva può essere statuita mediante una legge positiva e speciale, per sentenza giudiziaria, per contratto, per testamento (2). Sicchè considerata la prescrizione in rapporto della sua origine distinguesi in *legalis*, *judicialis*, *conventionalis* e *testamentaria*. Per quanto riguarda la seconda il necessario sarà detto nei §. 61 e segnenti. Anche le prescrizioni *conventionalis* e *testamentaria*, che dipendono interamente dalle dichiarazioni di volontà non abbisognano d' una lunga trattazione. È soltanto importante la quistione, se queste possano estendere i termini della prescrizione *legalis*. Molti lo negano, giacchè è detto nelle leggi, che la prescrizione legale è *juris publici*, e che il *jus publicum* non cambia per volontà dei cittadini (3): ma questa teoria è contradetta sì dallo scopo della istituzione, che dalle determinazioni legislative. Sarà trattata nel §. 61 e seguenti la importante quistione, se ammettesi la restituzione contro le prescrizioni *conventionalis* e *testamentaria*. Nelle pagine che seguono sarà principalmente parola della *praescriptio legalis*.

§. 3.

Ad ogni dritto corrispondono altrettanto obbligazioni negative o positive che cessano al cessare del primo. Sicchè la perdita d'un dritto da una parte genera necessariamente un vantaggio dall' altra una perdita. Sotto un tale rapporto ogni prescrizione è nel medesimo tempo *acquisitiva* ed *extinctiva*. L' acquisto o la perdita può nondimeno avvenire per doppio modo: ed in ispecie: 1) che alcuno tragga un vantaggio dalla prescrizione, o acquisti solamente quello che segue dalla perdita del dritto d'un altro, per esempio, quando estinguesi una servitù, e con ciò un immobile addiviene libero: o nel caso che il proprietario perda la sua *rei vindicatio*, e l'attuale possessore acquisti non la proprietà della cosa, ma quello che è conseguenza della perdita dell' azione, ossia una eccezione contro il proprietario reclamante: o pure 2) acquistasi qualche cosa di più di quello, che segue dalla semplice estinzione del dritto d' un al-

(1) Sulla dottrina della prescrizione: Grosiol, *De usucap.* — Gilkenil, *De usucap. et div. temp. praescr.* — Estor, *sviluppo della confusa dottrina della Romana usucapione* — J. Ravii, *princip. univers. doctr. de praescript.* — L. Schmidt, *Opusc. de praescript. praesert. circa pignus* — Westphal, *sistema del dritto Romano sulle differenti specie delle cose* — Leggonsi le idee dei glossatori in una raccolta di piccoli scritti, che sono compresi sotto il titolo: *de praescript. quae cum jure civili tum pontificio continentur tractatus perutiles ac necessarii, a diversis editi* — Trovansi pure molte cose buone sulla prescrizione nei migliori commentarii delle Pandette e del Codice — Le innumerevoli Dissertazioni inaugurali *De usucap. et praescr.* meritano senza eccezione di essere raccomandate per tutt' altro uso, che per essere lette.

(2) Moltissimo fu scritto sulla quistione: se la prescrizione sia di dritto naturale. Indicarne singolarmente gli scritti è impossibile ed anche inutile, giacchè non si può in un modo assoluto contradire a colui, che risolve anche al presente la quistione per l'affermativa. Che debba essere introdotta con una legge positiva, è innegabile, sebbene la quistione non possa risolversi affermativamente nel senso degli antichi giuristi.

(3) Rave, §. 167.

tio: per esempio A possiede la cosa di B, ed acquista mediante la prescrizione la proprietà contro questo non solo ma contro qualunque altro. Nel primo caso la prescrizione dicesi *extinctiva*, nel secondo *acquisitiva*.

§. 4.

La prescrizione *acquistitiva* è anch' essa di doppia specie: o alcuno acquista appunto quello che l' altro perde (per esempio, A acquista la proprietà di B) o un dritto, che l' altro non aveva, ma che limita o annulla la proprietà di questo (per esempio, A acquista una servitù sulla cosa di B.). Nel primo caso è detta *translativa*, nel secondo *constitutiva* (1).

§. 5.

Il sistema della prescrizione secondo il dritto posteriore non può essere chiaramente concepito senza far precedere almeno nei suoi tratti principali la successione storica di una tale istituzione presso i Romani (2). L' ignoranza di questa fu in gran parte la causa della confusione, che è predominata fin ora in questa dottrina.

§. 6.

Nei tempi più remoti della storia Romana la prescrizione era al tutto ignota. Niuno perdeva un dritto per difetto di esercizio, anche quando avesse per lunghissimo tempo negletto di farlo valere contro un terzo. Le XII Tavole le prime statuirono il principio, che un cittadino acquistava il *dominium quiritarium* col possesso tranquillo *bona fide et justo titolo* per le cose immobili col decorso di due anni, per le mobili d' un anno (3).

§. 7.

Sebbene le cose incorporali non fossero propriamente capaci di essere possedute, pure per una certa interpetrazione estensiva delle XII Tavole, fu ammessa la regola, che si potessero usucapire anche le servitù, quando si avessero per un certo tempo *quasi in possessione* (4).

§. 8.

Ma perchè in generale l' affrancamento da un' obbligazione merita di essere favorito a preferenza dell' acquisto d' un dritto, fu bentosto introdotto il principio, che perdevasi una servitù col non uso di uno o di due anni (5), ed in ispecie colla seguente distinzione; che una *servitus personalis* e *rustica* era perduta col semplice *non usus*, ma una *urbana* sol quando il padrone del fondo serviente giovavasi della *usucapio libertatis*, ossia, ne faceva manifesto l' affrancamento con un *factum*, e l' altro vi si era acquetato per un determinato tempo (6). Perchè ad alcuni non riesce chiara abbastanza la ragione di questa distinzione, essi determinano questi principii nel seguente modo: una *servitus*, dicono, la quale non richiedeva alcun *opus manufactum*, per esempio il pascolo, era perduta col semplice *non usus*. Di queste specie sono generalmente le *servitutes rusticae*. Se per contrario la servitù era di tal ragione, che richiedeva un *opus manufactum*, come per esempio la *servitus tigni immittendi* o *aquaeductus*, essa non era perduta fino a quando il padrone del fondo serviente non acquistava la *usucapio libertatis* colla distruzione dell' *opus manufactum*. Di tal natura sono generalmente le *servitutes urbanae*, e questa sarebbe la ragione, perchè la *L.* 6. *c.* distingue soltanto fra le *servitutibus rusticis et urbanis* (7). Ma perchè è indubitato, che moltissime *servitutes rusticae* addimandano un *opus manufactum*, e questo per contrario non è necessario per molte *servitutes urbanae*, e le leggi fanno distinzione soltanto fra le *urbanis et rusticis*, perciò una tale teorica non può in alcun modo giustificarsi, massimamente perchè è molto probabile, che la distinzione fra le *servit. rusticis et urbanis* dipendesse dalla differenza delle cose in *res mancipi* e *nec mancipi* (8).

(1) Rave, §. 15.
(2) Trattati: F. C. Corradi, *Hist. usuc. et long. praescr.* — F. A. Rivini, *D. de usuc. stat. sec. ord. cronol. a. XII. Tab. ad Just.* — Galvan. *De usuf.* cap. 11 — C. F. Pohl. *de orig. et fatis praescrip. longiss. temp. usque ad Justin. Idem de fat. praescr. longiss. temp. ex LL. Justiniani* Gros. *Storia della prescrizione secondo il dritto Romano.*
(3) Cicerone, *pro Caec.* c. 9.
(4) Cicerone, I. c. 26.
(5) L. 7 *de servit. praed. urb.* L. 4. §. 29. *de usurp. et usuc.*
(6) L. 27. *quib. mod. usufr. amitt.* L. 6. *de. servit. praed. urb*
(7) Höpfner, *Comment.* §. 368 n. 3. Gros, p. 23-25.
(8) Pufendorf, *Obs.* T. III. *obs.* 188 §. 4-5.

§. 9.

Non sarebbe stata possibile una più estesa interpetrazione delle Leggi delle XII. Tavole senza contradire alla parola di esse. Ma perchè il vantaggio della prescrizione addiveniva sempre più manifesto, i Pretori sotto il nome *praescriptio* introdussero un novello modo di prescrivere, che essi aggiunsero alla *usucapio*, e la fecero valere in molti casi, nei quali quest'ultima era inammissibile. Così, per esempio, un Romano non poteva avere sui terreni provinciali il *dominium quiritarium*, e perciò non poteva usucapire, giacchè questo importava acquistare il *dominium quiritarium* col possesso (*usus*). I Pretori però introdussero per queste e simiglianti cose una prescrizione *acquisitira*; la quale era permessa secondo le Leggi delle XII Tavole solo quando il prescrivente non acquistava il *dominium quiritarium* (non usucapiva). Sicchè i Pretori davano al prescrivente una semplice eccezione a difesa del possesso senza la *rei vindicatio directa*: da ciò il nome *praescriptio* (1).

§. 10.

La prescrizione non aveva sulle prime alcun determinato tempo. Non prima degl'Imperadori fu statuito per essa il periodo di dieci o venti anni secondo che colui, contro il quale prescrivevasi, era presente o assente (2).

§. 11.

Del resto sotto molti importanti rapporti distinguevansi l' *usucapio* e la *praescriptio*. 1) Per il tempo come già abbiamo osservato. 2) L' usucapione produceva il *dominium quiritarium*, e per conseguenza una *vindicatio directa*: colla *praescriptione* per contrario acquistavasi sulle prime il *dominium bonitarium*, ed una semplice eccezione, e soltanto nei tempi posteriori fu ammessa una così detta *rei vindicatio utilis* (3). 3) La *praescriptio* giovava per le cose, le quali non potevano essere usucapite e particolarmente a) per i terreni provinciali: b) in generale per tutte le cose pubbliche (4). 4) L'usucapione, come quella che era di stretto diritto non veniva interrotta dal reclamo diretto contro il possessore, ma lo era la *praescriptio*, come istituzione Pretoria fondata sull' equità (5). 5) Per queste medesime ragioni l' usucapione a differenza della prescrizione decorreva contro i minori ed i pupilli (6).

§. 12

Come la prescrizione acquistò successivamente una maggiore estensione, così per contrario la usucapione venne limitata dalla Legge Scribonia, che vietò l'usucapione delle servitù (7). Senonchè bentosto i Pretori introdussero la prescrizione delle servitù, la quale sebbene fosse una vera prescrizione, pure non fu mai denominata *praescriptio* (8). Molti perciò la denominarono *praescriptio extraordinaria* (9).

§. 13.

La prescrizione prese una importante estensione anche prima di Giustiniano per determinazioni di Teodosio ed Anastasio. Fino a Teodosio era stato principio predominante, che in difetto dei requisiti per l' *usucapio* o *praescriptio*, mancando per esempio il *justus titulus* o la *bona fides*, non era possibile alcuna prescrizione. Ma questi sta-

(1) La parola *praescriptio* significa in generale una eccezione: L. 91 *in f. solut*. La genesi storica del nome è la seguente, Il Pretore limitavasi ad istruire il processo: presentavansi a lui il reclamo e l'eccezione, rimetteva egli per contrario l' investigazione dei fatti e l'estimazione di questi ai *judicibus*. Nel rimettere il processo al giudice il Pretore determinava quello che avevasi ad investigare, e come a giudicare. Nella formola, in cui tutto questo era compreso, egli prescriveva (*praescribebat* egualmente ai giudici di prendere in considerazione le eccezioni presentate dall'accusato. È da ciò, che ogni eccezione fu denominata *praescriptio* — Schmidt, *Opusc. de praescrip*. op. I. §. I — Molti però spiegano altrimenti una tale parola. Donell. *Comm. de jur. civ*. L. 22 c. 1. D. Avezano *de usuc*. t. 4. p. 213.

(2) L. 76 §. 1 *de contr. emt*. Paull, *Sent. rec*. L. V T. II §. 3.

(3) L. 13 §. 1 *de jurejur*. L. 8 *pr C. de praescrip*. XXX *vel* XL *ann* T. C. Corradi, *Diss. qua perpetuum usuc.effect.dominium juris quiritarii evincitur*.

(4) L. 13 *pr. de long. temp. praes*. Pauli, *Sent. rec*. V T. II. §. 3.

(5) L. 2, 10. *C. de long. temp. pr*. L. 26. *C. de rei vind* L. 2 §. 21 *pro emt*. L. 2 *pro donat*.

(6) L. 2, §. 15. L. 7, §. 3 *pro emt*. L. 48, *pr. de acquir. rer. dom*.

(7) L. 4 §. 24 *de usurp. et usuc*.

(8) L. 10 *si serv. vindic*. L. 5. §. 3. *de itinere actuque priv*.

(9) Hofacher, *Princ. jur*. R G.T.II. §.1009.

lui (1), che chiunque non intentasse il reclamo, che gli competeva, nel periodo di 30 anni, perdcrebbe dopo questo tempo il dritto a reclamare. Anastasio confermò tutto questo, ma per eccezione fissò il periodo di 40 anni per alcuni reclami (2). Questa così detta *praescriptio longissimi temporis*, dalla quale fu distinta la prescrizione Pretoria colla denominazione *longi temporis praescriptio*, fu secondo tali ordinamenti una semplice prescrizione *extinctiva* (§. 3.): giacchè il possessore d' una cosa contro il quale dopo 30 o 40 anni non potevasi più reclamare non acquistava una proprietà assicurata da una *vindicatio*, ma soltanto quello che era conseguenza dell'annullamento del reclamo, ossia, una eccezione a difesa del possesso, non potendo alcun altro reclamare contro lui (3).

§. 14.

In tal modo e fino a questo punto erasi svolta la dottrina della prescrizione, quando Giustiniano cominciò a governare. Le determinazioni di questo innovarono tutta la dottrina e secondo l' opinione più vera tolsero ogni essenziale differenza fra la *usucapio* e la *praescriptio*.

Egli particolarmente statuì:

I. Relativamente alla differenza mentovata nel §. 11. fra la *usucapio* e *praescriptio longi temporis*: 1) che l' usucapione dovesse regolarsi sulla *praescriptio longi temporis* per il tempo (4): 2) che si potessero usucapire anche i terreni provinciali (5); 3). Che l'usucapione fosse egualmente interrotta da un azione (6) 4). Che l'usucapione dovesse decorrere contro i minori ed i pupilli (7).

II. Per la *praescriptio longissimi temporis* (§ 13) egli ordinò, che il possessore di buona fede potesse difendere l'acquistato e pacifico possesso anche con un' azione (8). Con ciò la *praescr. longiss. temp.* addivenne in questo caso *acquisitiva*. Donde risulta: 1) che la *usucapio* e la *pr. long. temporis* della proprietà furono interamente pareggiate, giacchè fu possibile usucapire anche le cose, che sulle prime potevansi acquistare soltanto per prescrizione. 2) Certo Giustiniano non ha mai detto, che la *praescriptio longissimi temporis* e la prescrizione delle servitù dovesse essere una *usucapio*, e perciò molti affermarono, che la differenza essenziale fra la *usucapio* o la *praescriptio* non fosse stata mai annullata. Ma è da osservare, che chiunque usucapisce una cosa, può reclamarla colla *rei vindicatio directa*: chi per contrario acquista un dritto reale per prescrizione, può difenderlo soltanto colla *rei vindicatione utili*. Ma giacchè la prescrizione *acquisitiva* non dava che *un dominium bonitarium*, e siccome. Giustiniano aveva cambiato questo nel *dominium quiritarium*, così manca ogni essenziale differenza fra l' una e l' altra (9).

Quello che vi resta ancora si è, che manca la denominazione di *usucapio longissimi temporis ò servitutis*, e che sotto altri punti le singole specie della prescrizione (ma non perchè sono *praescriptiones*) ànno delle condizioni speciali.

§. 15.

Le mentovate, ed anche tutte le altre specie di prescrizione, che prendono un tal nome per dritto Romano si compiono in uno determinato periodo. Oltre di esse àvvi ancora una istituzione speciale; che non è circoscritta in un determinato tempo, la così detta *praescriptio immemorialis*: è questa detta *praescriptio indefinita* in opposizione di tutte le altre specie, che sono comprese sotto la denominazione di *praescriptio definita*.

(1) L. 3. *C. de praescrip. 30 ann.*
(2) L. 4 C. *eod.*
(3) L. 8. §. 1. C.
(4) L. 12. *C. de long. temp. pr.*
(5) L. *un. C. de usuc. transfor.*
(6) L. 2. 3. *C. de annal. except.*
(7) L. 5. *C. in quib causs. in integr. rest.*
(8) L. 8. §. 1. *C. de praescr. 30 ann.*
(9) L. 15. §. 1. *de condict. indeb. Tit. D. de divers. temp. praescrip.* L. 7. *C. de long. temp. praescr.* conf. con Theoph. *Paraphr. ad* §. 40. *J. de rer. divers.* L. *un. C. de nudo jure quir. toll.* L. *un prin. C. de usuc. transf.*

PARTE PRIMA

SULLA *PRAESCRIPTIO DEFINITA*

SEZIONE I.

PRINCIPII GENERALI SULLE CONDIZIONI RELATIVE ALLE DIFFERENTI SPECIE DELLA PRESCRIZIONE DEFINITA.

§. 16.

Perchè potesse compiersi una prescrizione, è necessario:

I. Che durante il periodo della prescrizione il prescrivente trovisi perpetuamente in quello stato di fatto, nel quale soltanto è possibile acquistare un dritto per prescrizione; e che colui per contrario, contro il quale si prescrive, nou faccia il menomo uso del suo dritto. Fa mestieri dunque: 1) che per la prescrizione *acquisitiva*, per esempio della proprietà e delle servitù, siavi una non interrotta *possessio* o *quasi possessio* (1), ed ancora che la causa del possesso sia tale, da potere addivenire gIuridica mediante la prescrizione (2). È ancora necessario, che le parti che possedonsi sieno determinate e non incerte (3), e che possegga ogni singola parte, quando ognuna di questa non sia fisicamente connessa coll'altra (4). 2) Colui, contro il qnale prescrivesi non deve in alcun momento far uso del suo dritto: una servitù perciò non sarà mai perduta, finchè sia esercitata sotto qualunque siasi rapporto (5). Soltanto l'usufrutto à questo di speciale, che l'usufruttuario conserva di esso la sola parte goduta, ma perde le altre parti (6). Le azioni per contrario non prescrivonsi, quando colui, al quale spetta intentarle, abbia e conservi in suo potere e senza delitto la cosa da reclamarsi, o quando l'obbligato in qualunque siasi modo riconosca coi fatti la sua obbligazione (7).

§. 17.

L'interruzione del possesso e perciò della prescrizione (*usurpatio*) avviene: a) colla *litis contestatio*, o quando la parte contraria sia assente, con una protesta consegnata alle autorità civili o ecclesiastiche (8). Per altro questa così detta *interruptio civilis* interrompe la prescrizione non ancora compiuta nel solo caso che il reclamante trionfi, o almeno lasci sospesa la procedura, ma non quando è riconosciuto valido il dritto del possessore contro il qnale si reclama (9). Al presente e nella pratica la citazione ed anche l'inutile sforzo di citare tengono luogo della *litis contestatio* (10).b) Vi à interruzione col cessare del possesso; come quando l'acquirente, che era *in vera* o *quasi in possessione* lo cede, ne viene espulso, o lo perde (*interruptio naturalis*) (11).

In quali casi del resto il possesso si perda o si conservi giuridicamente, è materia della dottrina del possesso.

§. 18.

Il possesso però non riguardasi come interrotto, ma come continuo, quando più possessori succedonsi l'uno all'altro (12); è però necessario, che ciò avvenga senza alcuna interruzione: se il contrario avvenne, l'ultimo possessore non può giovarsi del possesso dell'altro. È in questo senso che deesi intendere la L. 32. §. 1. *de S. P. 21* sulla quale molti tanto quistionarono (13).

(1) L. 25. *de usuc.* L. 20-25. *quem serv. am.* Rave, §. 67. 68.

(2) L. I. C. *comm. de usuc.* L. 3. 23. *de acqu. vel amitt. poss.* L. 5. C. *in quib. caus. cess.* I. *t. pr.* L. 2. C. *de praescr.* 30. *vel.* 40. *ann.*

(3) L. 26. *de acqu. vel amit. poss.* L. 4. *pro emt.*

(4) L. 23. §. 2. L. 30. §. 2. 4. *t.*

(5) L. 18. *de S. P. L.* L. 9. §. I. *si serv. vind.* L. 2. *quem serv. am.*

(6) L. 14. 20. 25. *quib. mod. ususfr. am.* Rave §. 105. 106.

(7) L. 1. §. 5. 6. L. 8. §. 4. C. *de praesc.* 30. *ann.*

(8) L. 26. *C. de R. V. L.* 2. C. *de annali esec.*

(9) Höpfner, §. 397.

(10) Höpfner, *eod.* Hofacker, §. 876.

(11) L. 5. L. 23. §. 5. *h. t.* L. 5. *pro donat.* L. 6. *pro emt.*

(12) L. 18. §. I. *quem serv. am.* L. 14. §. I. *de divers. temp. pr.*

(13) Rave §. 115. Gros, v. 61, 62.

§. 19.

II. Ogni *definita* prescrizione richiede un determinato periodo di tempo, che varia secondo le differenti specie di prescrizione. È qui soltanto da osservare, che questo tempo è uno *tempus continuum*, che per la prescrizione *extinctiva* dovrà essere compiuto fino all'ultimo minuto, per l'*acquisitiva*, soltanto fino al penultimo giorno del calendario (1). Si tiene conto soltanto dei giorni, giacchè un calcolo più minuto riusciva giuridicamente impossibile (2).

§. 20.

III. Una terza e generale condizione è la buona fede di colui, che intende acquistare. Per dritto Romano la *bona fides* non era necessaria per ogni specie di prescrizione, per esempio non per la prescrizione delle azioni (3), ed anche per l'*acquisitiva* richiedevasi la buona fede soltanto nel principio del possesso e non nel corso di questo (4). Nella vendita secondo l'opinione più generalmente seguita dei Sabiniani il compratore doveva essere *in bona fide* non soltanto al momento della tradizione, ma anche in quello della convenzione (5). Per contrario seguendo una regola certa del dritto canonico (6), l'acquirente deve essere in *bona fide* per tutta la durata del possesso, e le *malae fides* che possono provenire dalle interpellazioni anche stragiudiziarie, annullano ogni prescrizione (7): non può però affermarsi, che la *mala fides superveniens* valga a rescindere la prescrizione già compiuta *in bona fide* (8).

§. 21.

Havvi ancora da osservare sulla *bona* e *mala fides*, che al possessore principale nuoce la mala fede di colui, che incomincia per lui il possesso, che a lui per contrario non giovi la *bona fides* di questo, quando egli stesso sia *in mala fide* (9). Se più persone succedonsi nel possesso, non nuoce al *successor singolaris* la mala fede del suo predecessore, quando egli stesso sia *in bona fides*, potendo cominciare una novella prescrizione. La *bona fides* del predecessore non gli giova per contrario, quando egli sia *in mala fide* (10). Tutt'altro avviene col *successor universalis* (purchè questi non incominci a possedere per tutt'altra ragione), giacchè a lui nuoce la *mala fides* del suo predecessore, quando anche egli sia in buona fede, come pure, almeno per dritto Romano, la sua *propria mala fides* non gli è nociva, se il defunto era in buona fede (11). Molti nondimeno per un'applicazione forzata della L. *ult. C.* DE USUC. PRO *herede*, affermano, che la *mala fides* del defunto non nuoccia all'erede almeno nel caso, che il primo abbia avuto an *justus titulus* (12). Per dritto canonico è naturalmente necessario, che l'erede sia sempre *in bona fide* (13).

§. 22.

IV) Un'altra generale condizione si è la capacità delle cose di essere prescritte. Sono incapaci di prescrizione (14): a) tutti i dritti

(1) L. 6. L. 7. L. 31 *h. t.* L. 15. *pr. de divers temp. pr.* L. 6. *de O. et A.*
(2) Veggasi §. 24.
(3) L. 8. C. *de pr. 30 ann.*
(4) L. 2. §. 13. L. 7. §. 4. *pro emt.* L. 15. §. 2. *h. t.*
(5) L. 10. *pr.* L. 15. §. 48. *h. t.* L. 2. *pro emt.*
(6) Cap. ult. X. *de praescr.*
(7) Höpfner, §. 397, not. 6. §. 1182. Hofacher §. 870.
(8) Müller, *Ad L. Obs.* 726. Gilkenius, P. II. c. *ult.* Nelle prescrizioni nelle quali acquistasi per semplice negligenza d'un altro, per esempio nella perdita d'una servitù per *non usus*, è oziosa qualunque investigazione sulla mala fede, giacchè questa non è in tal caso concepibile. Rave §. 91.
(9) L. 43. § 1. *h. t.* L. 2. § 10. 12. 13. *pro emt.*
(10) L. 2. §. 17. *pr. emt.* L. 5. *de divers. temp. prascr.* L. 4. C. *de R. V.*
(11) §. 12. J. *de usuc.* L. 2. §. 19. *pro emt.* L. 11. *de divers. temp. praescr.*
(12) Schmidt, l. c. *opusc.* 1. §. 36. 39.
(13) Leyser, *Sp.* 455. m. 12. 13.
(14) Molti affermano con Höpfner, §. 400, che si debbano noverare fra le cose imprescrittibili anche le *res maerae facultatis*. Quello che una tale espressione significhi, i moderni sono rare volte al caso di dichiarare: veggasi per esempio Glück, *Comment.* v. I. §. 15. Müller, *Ad L. Obs.* 740-747. È decisivo a tal proposito osservare quello, che gl' inventori della parola v' intendevano. Una tale espressione fu occasionata dalla L. 2. *de via publica*, ed essi in generale intendevano per *rebus maerae facultatis* dei fatti, che potevansi intralasciare, senza perciò perdere il dritto, e che potevansi compiere, senza che l'esercizio di essi importasse l'obbligo di continuarli. Che per simiglianti *rebus maerae facultatis* sia indubitatamente ammissibile la prescrizione, quando alcuno ne acquista il possesso e le azioni giuridiche, è universalmente riconosciuto. Mevius, *P.* I. *D.* 60. Pufendorf, *T.* III. *Obs.* 60. È dunque erronea l'opinione, la quale dichiara imprescrittibili le *res maerae facultatis*, particolarmente nella dottrina della *praescriptio acquisitiva*.

di sovranità spettanti sì alle autorità temporali che spirituali. b) Le cose tutte, il cui acquisto ed alienazione è in assoluta opposizione colle leggi proibitive, e sono sottratte all'arbitrio dei cittadini (1). In questo novero sono in particolare le *res sacrae*, *religiosae*, e la libertà dell' uomo, come pure per dritto canonico i confini parocchiali. c) Secondo il significato Tedesco della parola le cose rubate ed involate, cioè quelle mobili sottratte con violenza o furtivamente prese in possesso. Per i Romani secondo le VII Tavole e la L. *Atilia* (2) era vietata soltanto l'usucapione delle cose involate, e secondo la *Lex Junia et Plautia* di quelle violentemente prese in possesso (3): ma il concetto di cosa involata era presso i Romani più esteso che presso noi, giacchè essi vi noveravano anche una cosa mobile dolosamente alienata da chi non ne era proprietario (4), come pure il concetto Romano delle cose prese violentemente in possesso, alle quali non si estende l'espressione Tedesca rubare, comprende pure gl'immobili (5). Senonchè secondo la Carolina è vietata la prescrizione delle cose che nel significato Tedesco sarebbero rubate ed involate (6), giacchè le parole di essa sono generali, e non possonsi limitare, come alcuni pretendono (7), alla sola *praes. longi temporis*. Però l'assoluta o relativa imprescrittibilità di queste cose dura solo tanto quando il *vitium* di esse. Questo è cancellato sia ritornando le cose per vie giuridiche in potere del proprietario o del creditore del pegno (8), sia addivenendo il violento possessore ed il ladro proprietario della cosa (9), o pure soffrendo questa una specificazione, che cancelli ogni impronta dell'anteriore dritto di proprietà (10).

§. 23.

I frutti tratti da un possessore di buona fede di una cosa imprescrittibile possono essere prescritti in un periodo di tempo ordinario (11).

§. 24.

V) Infine richiedesi per ogni prescrizione, che colui contro il quale si esegue abbia avuta la possibilità giuridica di far valere il suo dritto. Finchè dura una tale impossibilità, non corre alcuna prescrizione, *praescriptio dormiens* (12): ma quando cessa l'impedimento giuridico, si calcola il tempo decorso con quello da decorrere (13). Per questa ragione, 1) non corre la prescrizione mancandovi i tribunali nel regno. 2) Per la medesima ragione non prescrivonsi le *res adventitiae* dei figli alienati dal padre, mentre dura la patria potestà (14), come pure, 3) le cose dotali durante il matrimonio, purchè la prescrizione di esse non fosse già cominciata prima di essere state date al marito (15). Alcuni (16) pareggiano i *bona dotalia* della Chiesa a quelli della moglie, ma senza una ragione sufficiente (17). Se ad alcuno s'impedisce colla semplice forza fisica di esercitare il suo dritto, la prescrizione corre, ma ammettesi la restituzione in molti di simiglianti casi.

SEZIONE II.

CONDIZIONI DELLE SINGOLE SPECIE DI PRESCRIZIONE.

CAPITOLO PRIMO

Condizioni delle singole specie della prescrizione acquisitiva (18).

§. 25.

La prima specie di esse è la prescrizione della proprietà. È facile concepire i principii di questa materia, e comprenderne il mecca-

(1) Böhemer, 1. C. §. 12.
(2) §. 2. *J. de usuc.* L. 4. §. 6. *h. t.* Pulvacus, *Ad L. Atiniam.*
(3) §. 2. 5. 1. L. 33. §. 2. *h. t.*
(4) Su la quistione, se la vendita fraudolenta del proprietario valga a fare della cosa una *res furtiva*, si contradicono L. 4. §. 11. *de usurp.* L. 6. C. *de usuc. pro emt.* Westphal, §. 703. 4.
(5) §. 2-7. 1. L. 36. *pr.* §. 1. *h. t.*
(6) L. 4. §. 22. 24. 25. L. 33. §. 2. *de usurp.*
(7) Per esempio, Leyser, *Sp.* 457. m. 8. Ludovici, e Krefs, *Ad Art. cit.*
(8) L. 4. §. 6, 7, 11, 20. L. 49, *h. t.* ma con molte limitazioni.
(9) L. 32. *pr.* L. 42. *h. t.*
(10) Non per la L. 4. L. 20. *h. t.* ma secondo il §. 25. 1. *de rer. divis.* Westphal, §. 730.
(11) L. 48. *de A. R. D.*
(12) L. 7, §. 4. C. *de praescr.* 30 *ann.*
(13) Cap. 14, 15, X. *de praescr.*
(14) L. 1. §. 2. C. *de annal. except.*
(15) L. 16. *de fundo dotali.*
(16) Per esempio, Boehmer, *J. E. P.* L. 11. T. 26, §. 26.
(17) Rave, §. 27, p. 42-44.
(18) Non vi sono condizioni generali per le singole specie della prescrizione *acquisitiva* oltre quelle già mentovate per ogni pre-

nismo, che per molti passa inosservato, quando si abbia presente il seguente punto di partenza. Secondo il più antico dritto non eravi alcuna altra prescrizione oltro la *usucapio* o *praescriptio longi temporis*. Quando erano inammissibili le condizioni giuridiche d'ogni specie di prescrizione, potevasi sempre rivendicare la cosa dal possessore. Teodosio però ed Anastasio statuirono, che ciascuno dovesse intentare il suo reclamo nel corso di 30 o 40 anni (§. 13). Da ciò seguiva, che potettesi acquistare almeno il tranquillo possesso delle cose, la cui prescrizione non era vietata, anche quando mancavano le condizioni della *usucapio* e della *praescriptio longi temporis*. È dunque avanti tutto necessario conoscere i requisiti di questi più antichi modi di prescrivere. Quando questi conosconsi, si potrà inoltre affermare: mancando uno di questi requisiti, ed essendovi quelli riportati nei §. 16—24, può prescriversi in 30 o 40 anni, secondo che colui contro il quale si prescrive, debba intentare il suo reclamo in 30 o 40 anni.

§. 26.

I) Le condizioni della *usucapio* e *praescriptio longi temporis* sono le seguenti: 1) il possessore dee avere un titolo giusto (1), e capace di rendere il novello possessore vero proprietario, quando colui, dal quale ricevette la cosa, ne avesse avuto un vero dritto di proprietà (2). Per questa ultima ragione il figlio non prescrive la cosa donata nei casi, nei quali la donazione fra lui ed il padre non sia valida (3), e per la medesima ragione la donazione fra i conjugi non forma alcun titolo valido; di tal natura è anche il caso, che il possessore non aveva la cosa *in conditione possidenti* (4). Quando la trasmissione avviene colla condizione della restituzione, essa serve di titolo soltanto contro i terzi (5).

§. 27.

I singoli titoli variano al pari delle cause, che operano il passaggio della proprietà (6). Solamente alcuni di essi meritano di essere qui particolarmente ricordati. In questo novero sono: a) la compra. Quando alcuno à comprato validamente e senza condizione, egli prescrive la cosa *pro emtore*, anche quando non avesse pagato il prezzo (7). b) Il legato; in questo caso è possibile l'usucapione quante volte la cosa legata non si appartenga al defunto. o quando senza la conoscenza del legatario il legato non sia valido (8). c) L'abbandono d'una cosa da parte di colui, che non ne era proprietario (9): d) La costituzione di dote: questa dà il dritto di usucapire non solamente al conjuge, ma anche al fidanzato: quest' ultimo però non quando la fidanzata gli dette ad intendere, ch' egli non dovesse averne la proprietà primachè fosse contratto il matrimonio, o quando la *dos* gli fu data *aestimata* (10). Relativamente al matrimonio putativo le leggi almeno apparentemente si contradicono (11). e) Il dritto creditario reale o presunto: un tale titolo è considerato come realmente valido, ma è dubbio quello che debbasi propriamente intendere per *usucapio pro herede et pro possessore*. Secondo l'opinione più vera prescrivesi con questo titolo, quando un vero o presunto crede (12) possiede una cosa detenuta in buona fede dal defunto, che non vi sia alcun vizio, e ch' egli stesso abbia la persuasione di essere appartenuta al testatore (13).

§. 28.

Se il possessore abbia un titolo, che non possa essere indicato con alcuna denominazione speciale, o se possiede senza alcuna ragione giuridica, senza che perciò gli sia

scrizione, fatta eccezione della sola, che la persona che vuole acquistare per prescrizione, debba avere il *commercium juris civilis*. Sicchè non possono acquistare per prescrizione gli schiavi, e gli stranieri, quando a questi non fu dato il *commercium juris civilis*. L. 4, §. 4. L. 44, § *ult. h. t.* L. 118 *de R.* 1. L. 17, §. 1 *de poen.* Cicerone, *de Offic.* L. 1, c. 12. Merillius, *Obs.* L. 1, c. 77.

(1) L. 24. C. *de R. V.*

(2) L. 8 C. *de praescr.* 1.*t.* L. 1, C. *de praescrip.* 30 *ann.*

(3) L. 1, §. 4, *pro donat.* L. 2, §. 1, *pro haered.*

(4) L. 1, §, 2. L. 3. *pro donat.* L. 25, *de donat. int. v. et u.*

(5) L. 14, *pr. de donat. mort. causs.*

(6) Majansius, *De tit. pro donat. derelicto, legato, pro dote, et pro suo* v. II.

(7) Tit. II *pro emt.* L. 8, *de public. in rem act.* Voet, Tit. *pro emt.* n. 1. *Dissent.* Hofacker, §. 970.

(8) L. 4. L. 6. L. 9, *pro legato.*

(9) L. 4, 7, 7, *pro derelicto.*

(10) L. 1, §. 2. L. 2, *pro dote* Chesil, *Interpr.* L. II. c. 26, (*jurispr. Rom. et Att.* T. II p 484 e seg)

(11) L. 1, §. 4, *eod* L 67 *de jure dot.*

(12) L. 11 *de hered. pet* L. 33, § 1. *de usurp.*

(13) L. 33, §. 1 *de usurp.* L. 11 *de divers. temp. praescr.*

vietato di prescrivere, ciò è detto *usucapio pro suo* (1). Per regola generale richiedesi per una tale prescrizione l'esistenza reale, e non la semplice persuasione della esistenza d'un titolo (2). Quando però la persuasione si fonda sopra un errore scusabile, si ritiene, come se il titolo realmente vi fosse (3). Le leggi si contradicono su la quistione, se l'errore scusabile giovi anche al compratore, o pure debba avere realmente comprata la cosa (4).

§. 29.

Perchè una cosa possa essere soggetta alla *praescr. longi temporis*, è inoltre necessario: 2) ch'essa sia capace di essere prescritta in tal modo. Alle cose non capaci di prescrizione (*rebus non usucabilibus*, come dicono gli antichi) appartengono, fatta eccezione dei frutti tratti da esse in buona fede (5), secondo il dritto moderno: a) le *res fiscales* e *res patrimoniales principis*, le quali possono essere prescritte soltanto in 40 anni (6). b) Le cose immobili delle Chiese e delle pie istituzioni, e le cose tutte della Chiesa Romana. Nel Codice Giustiniano accordò alla Chiesa Orientale il privilegio della prescrizione centenaria non in generale però, ma limitatamente a quelle cose non possedute da essa, ma da reclamarsi (7). In prosieguo Giustiniano estese una tale ordinamento alla Chiesa Occidentale: ma ben tosto con due Novelle statuì, che le Chiese e le Istituzioni Pie non potessero giovarsi della prescrizione centenaria ma di quella di 40 anni e di questa nei soli casi, nei quali era ammissibile la prescrizione di 10, 20, o di 30 anni (8): le cose mobili della Chiesa dunque prescrivonsi secondo i principii generali (9). È però da osservare, che le due Novelle furono rilasciate soltanto per l'Oriente, sicchè il privilegio della prescrizione centenaria non fu veramente rivocato per dritto Romano alla Chiesa di Occidente, sebbene posteriormente sieno state eseguite anche in Occidente coll'assenso dei Papi. Solamente per la Chiesa Romana vollero i Pontefici, che in tutti i casi durasse il privilegio della prescrizione centenaria (10). c) Le cose delle città non si prescriverebbero secondo i pratici nel tempo ordinario, ma come quelle delle chiese, in 40 anni: è questo però falso, giacchè non sono in alcun modo privilegiate. Secondo il dritto delle Pandette le cose delle città non sono usucapite in 2 anni, ma si acquistano per prescrizione nel tempo ordinario (11): e poichè l'usucapione venne pareggiata alla prescrizione, le cose delle città non ebbero più alcun privilegio. Nella Legge, colle quale Giustiniano accordò in alcuni casi alla Chiesa Orientale la prescrizione di cento anni, accomunò il medesimo privilegio anche alle città Orientali: ma nell'estendere un tale ordinamento alla Chiesa Occidentale non fu parola delle città di Occidente; sicchè queste non ebbero mai alcuno privilegio. E quando Giustiniano posteriormente tolse alla Chiesa la prescrizione centenaria, anche le città ritornarono nella loro primitiva condizione. Molti però per analogia della Chiesa assegnano alle città la prescrizione di 40 anni, alcuni quella di 30, ed altri infine la prescrizione centenaria (12). d) Le cose, per le quali fu cominciata una lite, ma fu interrotta: sono queste prescritte in 40 anni, che cominciano a decorrere dall'ultimo atto giudiziario (13): un tale principio però vale, solo quando il possessore dee prescrivere contro il reclamante, e non quando un altro cominciа a possedere, o trattasi della prescrizione del possessore contro un terzo (14). e) Le cose dei pupilli; contro queste corre pure la sola prescrizione di 40 anni. Per altro è una falsa opinione, che

(1) *Tit. ff. pro suo.*

(2) §. 11. J. *de usuc.* L. 27. *D. eod.* L. 1. *pr.* L. 2. L. 3. *pro donat.* L. 5. C. *de praescr. l. t.*

(3) Una tale limitazione si contiene nelle L. 31. *de usurp.* L. 2. §. 15. *pro emt.* L. 5. §. 1. *pro suo.* Meister, *De errore circa tit. ejusque effect.* (op. n. 3). Westphal, §. 675 85 Müller *ad Leyser Obs.* 723. Opina in parte diversamente Branchu, *Obs.* c. 19.

(4) L. 5. §. 1. *pro suo* conferita colla L. 48 *de usurp.* L. 2. §. 6. *pro emt.* Westphal, §. 684.

(5) Secondo quello che fu detto nel §. 23.

(6) L. 6. C. *de jure fissi* L. 14. C. *de fundo patr.* Leyser, Ip. 458.

(7) L. 23. C. *de SS. Eccles.*

(8) *Nov.* III. *Nov.* 131. C. 6.

(9) Westphal, §. 770, *Dissent.* Rave, p. 45. n. r. 4.

(10) Bach, *De praescr.* 100 *ann. in act. eccl. Rom.* (anche negli Opusc. n. 3.) Voorda, *Interpr. et emend.* L. 3. c. 11. Westphal, §. 765-773. Müller, *Ad Leyser* Obs. 732.

(11) Cramer, *Obs. jur. univ.* T. 4. p. 354. Hofcker, T, II. S. 979.

(12) Veggasi C. G. Groening, *Flores spars. ad praescr. cont. civit.* Schott., *Inst. jur. civ. de praescr. contr. civit.* Leyser, *sp.* 459. m. 8. 9. Müller, *Ad* Leyser. Obs. 733. Gros. a. p. 87-94.

(13) L. 9. C. *de praescr.* 30 *ann.*

(14) L. 1. C. *de praescr. Long. temp.* Westphal, §. 559.

non si possano prescrivere le cose dei minori (1), come pure manifestamente contradice alle citate leggi quella, che nega l'applicazione d'un tal principio alle cose mobili del pupilli (2).

§. 30.

Oltre le già mentovate sono pure incapaci della *praescriptio longi temporis*: f) Le cose dei minori (3): g) Quelle, la cui alienazione è vietata per testamento, e che i più pareggiano alle cose inalienabili per legge (4). h) Le cose tutte prese violentemente in possesso o involate nel senso Romano: i) Quelle che un possessore di mala fede à alienate all'insaputa del proprietario (5). Questo principio però contiene una novella determinazione soltanto relativamente alle cose immobili, giacchè le mobili trovansi già comprese nel concetto delle cose involate. k) Le *res adventitiae* dei figli invalidamente alienate dal padre, dopo che è cessata la patria potestà (6): giacchè mentre questa dura sono al tutto incapaci d'ogni prescrizione (7).

§. 31.

Essendovi questi due principali requisiti della *usucapio* ossia la capacità delle cose, ed un giusto titolo colle altre condizioni generali della prescrizione, una cosa mobile sarà prescritta in tre anni, una immobile in 10, quando entrambe le parti abbiano il loro domicilio nella medesima provincia, in 20, se ciò non fosse: per questa distinzione non importa se le cose da prescriversi sieno o pur no nella medesima provincia (8). Se entrambe le parti sieno durante la prescrizione quando presenti quando assenti, due anni di assenza saranno calcolati per uno anno di presenza, ed in contrario (9).

§. 32.

I principii fin ora svolti patiscono una eccezione per i beni vacanti, e che non ancora furono denunziati al Fisco: questi per dritto Romano erano acquistati dal possessore anche senza un giusto titolo, senza la buona fede in 4 anni (10). Ma se questi beni furono già denunziati al Fisco, non sono prescritti come tutte le cose fiscali prima del periodo di 30 anni (11).

§. 33.

II) La dottrina della *praescriptio longissimi temporis* segue chiaramente dall'esposte premesse.

È d'uopo però distinguere secondo dritto Romano: 1) Se al possessore non manca la buona fede, ma una delle condizioni speciali richieste per la *usucapio* e particolarmente un giusto titolo, e la capacità delle cose di essere usucapite, per determinazione di Giustiniano (§. 14) la proprietà sarà prescritta in 30, 40, e 100 anni, secondo che il precedente proprietario abbia dovuto intentare la sua *vindicatio* in 30, 40, o 100 anni. Il giusto titolo non è necessario. Sicchè prescrivonsi *longissimo tempore*: a) le cose incapaci della *usucapio*, e particolarmente quelle indicate nel §. 29, sono prescritte in 40 e 100 anni, quelle per contrario noverate nel §. 30 lo sono in 30 anni: b) tutte le cose capaci di essere usucapite ma che sono possedute senza titolo. 2) Se al possessore manca la buona fede egli acquisterà secondo le riportate distinzioni in 30 o 40 anni una semplice eccezione contro il precedente possessoro, ma nessuna proprietà, nè alcun' azione vendicatoria: sicchè gli competeranno soltanto le azioni tendenti a difendere il pacifico possesso (12).

§. 34.

Il dritto Canonico però à modificata questa dottrina sotto molti rapporti: 1). Esso non ammette alcuna prescrizione senza la buona fede. 2) Non dispensa in generale dal giusto titolo, ma dalla pruova di esso necessaria per la usucapione. Se rilevasi da speciali e giuridiche presunzioni o da una pruova ordinaria, che il possessore non ab-

(1) Müller, *Ad Leyser*, *Obs.* 748. Höpfner, §. 400. Hofacker, T. II. §. 988. 78. 79.

(2) Cujac. *Obs.* L. 24. c. 14. Gros, p. 49. 350.

(3) L. 5. C. *in quib. caus. rest. in int.*

(4) L. 2. C. *de usuc. pro hered.* Rave, §. 121.

(5) Questo solo è detto nella *Nov.* 119. C. 7., e non come Rave §. 19 nr. 2. §. 54 opina, che ogni cosa alienata senza la conoscenza del proprietario sia incapace della *usucapio*.

(6) *Nov.* 22. C. 24.

(7) §. 24.

(8) *Pr. J. de usuc.* L. un. C. *de usuc. transf.* L. *ult.* C. *de pr. l. t.*

(9) *Nov.* 119. c. 8. *Auth. quod si quis* C. *de praescr. l. t.* Toullien, *Diss. de praesent. et absent. mixtoque temp.* Meisler, *Vind. legislat. Just. de mixto temp. comp.*

(10) L. 1. C. *de quadrin. praescr.*

(11) Westphal §. 751-760.

(12) L. 8. §. 1. 2. C. *de praescr. 30 ann.*

bia alcun giusto titolo, diviene inammissibile qualunque prescrizione (1).

§. 35.

La maggior parte degli autori applicò alla prescrizione della *superficies* e della *emphyteusis* i medesimi principii, che valgono per quella della proprietà, opinando, che ciascuno di questi dritti sebbene non sia una proprietà piena è però un così detto *dominium utile*, e che quello che è in generale ordinato per il *dominium* debba potersi applicare anche alle specialità di esso (2). Ma perchè nel suo fondamento è erronea la dottrina, che l'enfiteuta ed il superficiario si abbiano il *dominium*, non avendo questi che un semplice *ius in re aliena*, è più naturale applicare ad un simigliante dritto i principii della prescrizione delle servitù (3).

Un feudo prescrivesi in 30 anni, quando colui, che lo perde, non sia particolarmente privilegiato, e vi sieno tutti i requisiti delle *praescr. l. t.* (4).

§. 36.

Sulla dottrina della prescrizione *acquisitiva* delle servitù il dritto Romano contiene invero molte decisioni, dalle quali è però dubbio, quale teorica possa formolarsi. È certo però: 1) che quando vi sieno tutti i requisiti giuridici, una servitù possa acquistarsi in 10 e 20 anni secondo l'assenza o la presenza delle parti (5). Ma i pratici e particolarmente i più antichi affermarono sovente, che una servitù non continua, e che non possa esercitarsi che interrottamente ed in alcuni determinati periodi (*servitus discontinua*) possa acquistarsi soltanto per prescrizione immemorabile (6): ma questa teorica non è in alcun modo giustificata dalle leggi (7). Affine però, che in sì breve tempo possa acquistarsi una servitù, è necessario:

1) Che le cose non sieno incapaci d'un tal modo di prescrivere: qui vale la regola, che non si possa acquistarsi in 10 o 20 anni alcuna servitù sulle cose, la cui proprietà non può essere prescritta *longo tempore* (8): le cose, che si appartengono ad un tal novero, furono già indicate nei §. 29. 30.

2) Il prescrivente dee pruovare, ch'egli à un giusto titolo, senza che però torni necessaria per l'esistenza di questo la conoscenza del proprietario, fatta eccezione del solo caso, che la servitù sia stata costituita da un possessore di mala fede (9). Questo principio è soltanto la conseguenza dell'avvicinamento del dritto Romano col Canonico. Secondo il primo non erano necessarii, come alcuni avvisano, il giusto titolo e la conoscenza del proprietario, nè illimitatamente, come altri avvisano, l'uno senza l'altra, o questa senza il giusto titolo, ma alternativamente l'una o l'altra. Se il possessore à un giusto titolo, egli non abbisogna del consenso tacito (*patientia*) del proprietario: s'egli per contrario esercita la servitù non precariamente, nè violentemente ma con conoscenza del proprietario (*patiente domino, non clam*) riesce ozioso il giusto titolo (10). Secondo la *Nov.* 119. c. 7. richiedonsi in pari tempo il giusto titolo e

(1) Ciò non è detto invero espressamente. Ma *in cap.* I. *de praescr.* è statuito, che il possessore, che abbia contro di se la presunzione debba apportare la pruova del *justi tituli*. Ma perchè in dritto la pruovata non esistenza vince quella semplicemente presunta, così il già detto segue necessariamente dal testo. Veggasi *Gilkenis* P. II. m. I. c. 9. Hofacker §. 977.

(2) Ayrer, *Diss. de different. jur. emphyt. et villar. c.* I. §. 7. Rave, §. 41. Höpfner §. 896.

(3) È al tutto erronea l'opinione di coloro, che dalla L. 14. C. *de fundo patr.* conchiusero, che una enfiteusi possa prescriversi in 40 anni, giacchè una tale legge si riferisce ai soli beni imperiali.

(4) II. *Feud.* 26. S. 4 Io non credo estendermi sulla prescrizione dei feudi potendosi leggere Boehmer, *Princ. jur. feud* §. 199. e segu. Schmidt, l. c. *opusc.* 4. 5.

(5) L. 12. *in J. C. de pr. l. t.* È qui naturale limitarla al solo caso, in cui una servitù si acquisti isolatamente. Ma quando si acquista come *accessorium* d'una cosa, la cui proprietà si prescrive, valgono i principii, che regolano la cosa principale. Vinnii *Quaest. sel.* L. I. c. 31.

(6) Hofacker T. II. §. 1102. Malblank, *Pr. jur. Rom. Tit. de usufr.* §. 421.

(7) Si può citare invero la L. 14. *pr. de servit* L. I. §. 23. L. 2. *de aqua et aquae pluv.* È però da osservare, che in esse non si accenna particolarmente alle *servitutes discontinuae*. *Cocceii, Jus cont.* Tit. *de serv. Qu.* 6. Müller, *Ad Leyser. Obs.* 257.

(8) La pruova di questo principio si ripone sì nella regola, che quello che vale per l'intero, vale anche per la parte, come pure nei riportati §. 39. 30.

(9) Per analogia di quello che fu detto §. 30 nr. 1 Rave (§. 62) applica alla materia delle servitù l'opinione, che noi trovammo erronea, che secondo la *Nov.* 119. c. 7. non sia possibile in generale alcuna *praescriptio longi temporis* all'insaputa del proprietario.

(10) Questa teorica, che Vinnio *Quis. Sel.* L. 1, c. 31 difende, mi sembra risultare chia-

la conoscenza del proprietario nel solo caso, che una servitù sia stata costituita da un possessore di mala fede. Ma siccome il dritto Canonico ritiene il principio, che mancando il giusto titolo non sia possibile alcuna *praescriptio definita*, e che colui, al quale si oppone il *jus commune* (1) debba pruovare l'esistenza del titolo, così ora il prescrivente dee sempre pruovare il giusto titolo, ma non richiedesi la conoscenza del proprietario più di quello, che lo era per dritto Romano (2).

II) Essendovi entrambe le due menzionate condizioni, fa d' uopo distinguere: 1) che manchi il giusto titolo: in tal caso la servitù può essere acquistata solamente per prescrizione immemorabile. 2) Essendovi il giusto titolo (il quale in tal caso non può essere presunto come per la *praescriptio longissimi temporis* della proprietà, ma trattandosi d' un *jure in re aliena* deve essere pruovato) sono possibili due casi: a) che manchi la conoscenza del proprietario, quando è necessaria: in tal caso si acquista la servitù in 30 anni (3) b). Se per contrario vi sieno il giusto titolo e la conoscenza del proprietario, quando questa è richiesta, ma manchi nella cosa la capacità ad essere prescritta, si acquisterà la servitù nel modo indicato (§. 29-30) nel periodo di 30, 40, o 100 anni; un tale acquisto però fondandosi semplicemente sul principio, che tutte le azioni estinguonsi *longissimo tempore* è puramente *extinctiva*, ossia, dà dritto al pacifico possesso, ma nessun dritto reale contro i terzi.

§. 36.

La libertà si acquista quasi nello stesso modo, che la proprietà ossia, vivendo libero *bona fide* e *justo titulo* fra i presenti 10, fra gli assenti 20 anni (4). Mancando la *bona fides* o il *justus titulus* prescrivesi naturalmente in 30 anni, ma colla limitazione; che uno schiavo fugitivo restando come tale nel possesso del padrone, non può prescrivere (5).

§. 37.

Il dritto Romano limita la prescrizione *acquisitiva* alla sola proprietà, alle servitù ed alla libertà: ma in nessuna legge è detto espressamente che una tale prescrizione sia applicabile ad ogni dritto. Sicchè può ventilarsi la quistione, sino a qual punto possano giudicarsi secondo i principii già svolti i dritti non espressamente soggetti alla prescrizione *acquisitiva* per dritto Romano, come sarebbero per i dritti reali il *pegno*, ec. per i personali il dritto di reclamare gl' interessi. Lo spirito generale, che domina negli scritti sulla prescrizione, è decisivo per la prescrittibilità d'ogni dritto (6): ma per alcuni dritti e particolarmente per il pegno ed il reclamo degl' interessi, è dubbio, se possano acquistarsi colla prescrizione (7): come pure per alcuni dritti, che voglionsi prescrittibili per una interpetrazione estensiva del dritto Romano, è sempre incerto, se possansi prescrivere in 10, 20, 30 o in un tempo immemorabile (8). Secondo una interpetrazione ragionevole, e che non degeneri in arbitrio, non possonsi ammettere per questa materia altri principii che i seguenti: la prescrizione è una istituzione giuridica singolare, e come tale non può essere estesa con una logica e larga interpetrazione, e ciò tanto meno, che come lo pruova la *lex Scribonia*, e lo lascia presumere il compiuto silenzio del dritto Giustinianeo sulla prescrittibilità di molti importanti dritti, i Romani istessi molto poco erano persuasi della necessità di doversi acquistare ogni dritto per prescrizione. Sicchè i principii della prescrizione della *proprietà* e delle servitù non potrebbero applicarsi analogicamente ad altre istituzioni. Tutti i dritti adunque, cui la legge espressamente non dichiara potersi prescrivere, non sono soggetti ai principii della prescrizione *acquisitiva*, ma a quelli della prescrizione *extinctiva* comprendendo questa ogni dritto, che può essere difeso con un' azione. È perciò che quando alcuno abbia fatto proprio un

ramente dalle L. 11, 1, § 1, *de publ. in rem act.* L. 10, *pr. si servit. vind* L. 1, 2. C. *de sosv et aqua* Gli scrittori che opinarono diversamente sono indicati da Rave §.62 Höpfner §. 352. Hofacker §. 1001 Malblank 1. §. 421.

(1) Cap. 1. *de praescr.* in 6.

(2) Io suppongo, che per analogia si possa applicare alle servitù la *Nov.* 19, cap 7 relativa alla proprietà: del che generalmente non si dubita.

(3) L 3. C. *de praescr.* 30 *ann.* *Nov.* 119 c.7.

(4) L. 2. C. *de long. temp. praescr.*

(5) L. 1. C. *de serv. fug.* L. 23 *pr. de agric. et cens.*

(6) Rave §. 49, 50, 65, 78-88

(7) Höpfner §. 352, not. 2. Faber, *Conject.* L. 7, c. 8. Gilkenius, P. II. *m.* 1, c 4.

(8) Si conferisca Eichmann con Rave §. 84 not. g. Leyser Sp. 243, m. 7-8. Hommel, *Obs.* 221, con Wernher, *Lect. Comm. ad* P. Tit. *de usur.* §. 9 Muller *ad* Leyser *Obs.* 485.

dritto, e lo abbia esercitato come tale, colui contro il quale fu acquistato, perderà dopo 30 anni il dritto di vietarne l'ulteriore esercizio, quando abbia avuto in non cale di giovarsi dell'azione tendente a questo scopo. Segue da ciò, che per tutti i dritti, dei quali non è detto espressamente che possano acquistarsi per prescrizione, fa d'uopo distinguere due casi: a) sia che colui contro il quale si acquista abbia potuto e dovuto opporre la sua azione all'usurpazione, b) sia che non potesse opporre che una semplice eccezione. Nel primo caso egli perderà dopo 30 anni il dritto di contradire all'acquirente: nel secondo la *praescriptio definita* sarà al tutto inammissibile; giacchè la validità e la durata delle eccezioni sono perpetue (§. 56.)

Se dunque alcuno riscosse da un altro per 30 anni degl'interessi come un debito, potrà questi sempre opporsi ad una tale pretensione, sebbene dopo 30 anni non possa reclamare la restituzione dei pagati interessi. Per queste medesime ragioni deesi pure risolvere in parte per l'affermativa, ed in parte per la negativa la quistione se un pegno possa acquistarsi per prescrizione, ciò non è possibile contro i terzi: ma se il creditore à usurpato un dritto sopra un pegno (s'intende un vero *pignus*) ed il debitore non curi di esercitarne il reclamo nel determinato tempo il creditore avrà certo acquistato l'usurpato dritto con una prescrizione *extinctiva*, ossia potrà opporre una eccezione al debitore; ma non avrà mai un dritto reale contro le terze persone. Quando, come avviene sovente, si vogliano applicare i principii della prescrizione *acquisitiva* delle servitù ad altre istituzioni, non è possibile limitarsi ad alcuni di essi: se un solo caso è deciso analogamente, è forza sottoporre gli altri ai medesimi principii; ed invero non è forse la più inescusabile inconseguenza, quando si applicano ai *jura bannaria* i principii della prescrizione *acquisitiva* delle servitù, e nel medesimo tempo si afferma l'imprescrittibilità del pegno, o pure si fissa per un dritto il periodo di 10 anni, per un altro quello di 30?

CAPITOLO SECONDO

Sulle singole specie della prescrizione extinctiva.

§. 38.

Nella dottrina della prescrizione *extinctiva* è necessario non dimenticare, ch'essa è una istituzione singolare e puramente positiva. La regola, che naturalmente ne risulta, si è, che nel dubbio nessun dritto debbasi riputare come perduto per il semplice *non usus*, che chi ebbe in non cale di esercitare un'azione non perciò viene escluso dall'esercizio di essa, come pure che niuno perde la libertà di astenersi da un fatto, sol perchè l'abbia negletto per un determinato tempo (1). Se debbonsi ammettere delle eccezioni, fa mestieri, che queste si sostengano sopra leggi positive. La regola, che occorre in quasi tutti gli scritti giuridici, che i dritti personali e reali si estinguano per prescrizione in 30 anni, è al tutto erronea. È detto soltanto nelle leggi (2), che le azioni estinguonsi generalmente in questo tempo. La sola conseguenza, che se ne possa trarre si è, che un dritto è perduto nell'indicato tempo solo quando colui al quale si apparteneva, abbia dovuto reclamarlo, ed un altro l'abbia fatto proprio. Per i dritti, che non abbisognano d'alcun'azione, non vi à regola, che minacci la perdita di esse per il semplice *non usus*. Sicchè non può dedursi da regole generali e legislative, che una servitù si estingua sol perchè non esercitata. Quando vogliasi ciò pruovare fa mestieri citare le disposizioni speciali del dritto positivo invece della regola generale sulla prescrittibilità delle azioni. La dottrina dunque della prescrizione dei dritti si limita al semplice novero delle singole eccezioni statuite dal dritto positivo.

§. 39.

Non ci è lecito, nè anche necessario dipartirci nella dottrina della prescrizione *extinctiva* dalla parola della legge, ed estendere la perdita d'un dritto più di quello, che ne segue. Sicchè un dritto rimane valido, quando le leggi non lo dichiarino espressamente perduto. Ne segue quindi il principio tanto importante, che coll'estinguersi l'azione, non perciò si estingue l'in-

(1) L. 2 *de via publ.* L. 2 *de veteran.* L. 12 C. *de excus.* L. 2. C. *de his qui sponte mun.*

(2) L. 3, 4. C. *de pr. 30 ann.*

tero dritto, potendo questo essere difeso con altri mezzi giuridici (1).

§. 40.

Il tempo, nel quale si estinguono i dritti soggetti alla prescrizione *extinctiva* varia col variare dei casi. Vi sono nondimeno alcune principali eccezioni, che noi riporteremo fra i principii generali della prescrizione *extinctiva* per evitare in seguito delle ripetizioni.

§. 41.

1) Tutti i dritti, che durano nè possono durare più di 40 anni vengono perpetuati colla *litis contestatio* ed ora colla citazione (§. 17), e quando la lite venga interrotta non estinguonsi per prescrizione prima di 40 anni: ciò però avviene soltanto fra le parti litiganti. Un tal periodo di 40 anni è ordinato per tutti i dritti. Non può giustificarsi (2) la comune opinione (3) che questo ammettesi nel solo caso che un dritto o un' azione sia prescrittibile in 30 anni, ma quando il tempo sia più breve di questo la durata della prescrizione colla *litis pendens* non sarà più di 40 ma di 30. 2) Tutti i dritti della Chiesa Romana non estinguonsi prima di 100 anni. 3) I dritti della Chiesa e delle istituzioni pie, quando secondo il dritto comune avrebbero avuta la durata di 10 o più anni, sono perduti in 40 anni: ma negli altri casi si segue il tempo ordinario. 4) Tutti i dritti che ordinariamente sarebbero estinti prima di 40 anni, non lo saranno prima di questo tempo, quando si appartengono ad un pupillo. 5) Per i minori non corre una prescrizione minore di quella di 30 anni (4). 6) I dritti reali e spettanti ad alcuno sopra cose, la cui proprietà non si trasmette ad un altro prima di 30 o 40 anni, non possonsi estinguere prima di questo tempo (5). Queste regole generali debbonsi ripetere per ogni singola specie della prescrizione *extinctiva*, per quella per esempio delle azioni, delle servitù, e dei privilegii.

§. 42.

La più importante specie della prescrizione *extinctiva* è quella delle azioni. Secondo il dritto delle Pandette tutte le azioni erano generalmente perpetue: soltanto per alcune e particolarmente per le Pretorie era fissato un determinato periodo di tempo: è perciò che denominavansi quelle *perpetuae*, queste *temporales*. Ma secondo la dottrina del Codice tutte le *actiones perpetuae* furono per regola generale limitate a 30 anni, lasciando alle *temporalibus* la loro primitiva durata (6).

Il principio dominante in questa materia si è, che tutte le azioni durano secondo la dottrina più moderna 30 anni, quando le Pandette o gli ordinamenti imperiali non presentassero particolari eccezioni.

§. 43.

Prima d' indicare queste eccezioni è necessario anticipare i seguenti principii generali: 1) la prescrittibilità d' un' azione comincia dal momento della possibilità giuridica e non prima dell' obbligo illimitato di esercitarla, *ex momento ubi actio nata est* (7). Su questo principio si accordano in generale le opinioni, ma non così sul significato preciso e sull' estensione di esso. Le azioni furono introdotte a solo obbietto di opporsi con mezzi giuridici ad ingiuste pretensioni; e la prescrizione non può servire ad annullare o ridurre ad un termine più breve rapporti di dritto legalmente e validamente esistenti, ma tende a prevenire una perenne ripetizione di liti, ed a *ridurre a legalità* rapporti illegali. Quando perciò il dritto positivo permette di far valere con un'azione un dritto, contro il quale niuno avanzò fin ora una ingiusta pretensione, non è ammissibile la prescrizione durante questo stato legale da entrambe le parti. Donde segue: a) che la regola (8), che ogni azione, ed anche quella *communi dividundo*, *familiae erciscundae et pro socio*, debba durare 30 anni, dovesse intendersi limitata-

(1) Weber, *Sulle obbligazioni naturali* §.92. Da ciò si concepisce, perchè l'*actio hypothecaria* possa intentarsi in molti casi anche quando è estinta l'azione per il debito principale. le. Rave §. 154.

(2) L. 9. C. *de praescr.* 30 *ann.* L. I. §. I. C. *de annal. except.* Westphal §. 835.

(3) Höpfner §. 1191. Hofacker §. 875.

(4) Veggansi per i pupilli e per i *minores* le eccezioni indicate nel §. 67.

(5) Questo principio è pruovato e chiarito colla regola, che quello che è detto per l'intero, vale anche per la parte — F. Mallinkrott, *De praescr. serv. extinct.* c. I. §. 5-8

(6) L. 3. 4. C. *de praescr.* 30 *ann.*

(7) L. 7. §. 4. C. *de praescr.* 30 *ann.* L. I. §. ult. C. *de ann. except.* M. G. Grass. *D. agere non valenti non currit praescr.*

(8) L. I. §. I. C. *de annal. except.*

mento a quei casi, nei quali un comproprietario, un coerede, o socio si abbiano appropriato un dritto esclusivo. Giacchè s'incorrerebbe nel più manifesto assurdo, quando volesse ammettersi la prescrizione dell'*actio communi dividundo* nel caso, per esempio, che due proprietari abbiano esercitato pacificamente e simultaneamente il loro dritto (1). b) Che l'azione tendente alla restituzione del pegno comincia dal momento, che il debitore avrebbe dovuto riprenderlo, giacchè sino a quel tempo il creditore non trovavasi in uno stato illegale, ed una tale azione divienc una *actio nata* dal momonto, che comincia questo stato illegale, ossia quando fu fatto il pagamento, e non seguì la restituzione del pegno dovuto (2). Il dritto dunque di reclamare il pegno dal creditore è perpetuo, mentre non fu eseguito il pagamento, e non estinguesi prima dei 30 anni a contare da questo. Se dunque (come avvienc in molti casi, e particolarmente quando il pegno cade nelle mani d'un terzo possessore) la proprietà del pegno è perduta colla prescrizione *acquisitiva* per il proprietario, potrà questi sempre esercitare la sua azione contra il detentore almeno per esserne fatto indenne (3). Per le medesime ragioni: c) la prescrizione del dritto del compratore, il quale à venduto *sub pacto de retrovendendo* comincia dal momento, che il compratore si è negato a restituire la cosa dopo l'offerta del prezzo (4), sia che fosse stabilito o pur no un *dies a quo*, giacchè nell'uno e nell'altro caso il compratore non trovasi in uno stato illegale prima che gli fosse fatta inutilmente istanza per la restituzione. Ove si opinasse il contrario s'incorrerebbe nel principio contradicente alla natura della prescrizione ed alla regola generalmente riconosciuta, *tantum est praescriptum, quantum est possessum*, che alcuno acquisti colla prescrizione più di quello che trovavasi possedere: giacchè è manifesto, che coloro, che limitano a 30 anni il *jus reluendi* danno al compratore il dritto di negare quello, di cui non aveva il possesso. La comune regola, che i *iura personalia* durano 30 anni in alcun modo non giustifica i sostenitori dell'opposta opinione. d) Da ciò è pure facile dedurre, che si va errato quanto volto si afferma (5), che il venditore, che abbia venduta una cosa *sub lege addictionis in diem* possa reclamare la cosa solamente in 30 anni, se in questo tempo gli fu offerto un prezzo maggiore, giacchè in tal caso è incontestabile, che la prescriziono dell'azione comincia dal momento, che fu fatta ed accettata dal venditore un'offerta più vantaggiosa (6).

§. 44.

Perchè un'azione reale potesse essere prescritta non è bastante il *non usus* di essa per 30 anni, ma è necessario pure durante questo tempo un possesso pacifico e non interrotto del dritto da prescriversi. Senza questo non compiesi nè anche la prescrizione *extinctiva* (7). Donde segue, che l'*actio finium regundorum* non è soggetta a prescrizione, finchè i confini fra due immobili restino confusi, e non fu possibile un possesso certo, e che la legge (8), cho limita la durata di essa nel periodo di 30 anni, debba limitarsi al solo caso, in cui un proprietario abbia posseduti per 30 anni come propri i confini non vagamente delineati (9). Nondimeno l'impossibilità di prescrivere dura nel primo caso solo mentre l'*actio finium regundorum* rimane reale, e non si converte in un'azione personale (10).

§. 45.

La prescrizione *acquisitiva* può concor-

(1) Rave §. 127 147-149.

(2) L. 9. §. 3, 5. *de pign. act.* L. 13. §. 4. *de pignor et hypoth.*

(3) Toullieu, *Diss. de reluit. pign. et rebus merae fac.* §. 64-80 da conf. con Schmidt, *Opusc. de praescr. circa de pign.* II. III. In diversa opinione andarono Vinnio, *Qu. sel.* L. II. c. 6. Westphal, *Dritto di pegno* §. 250, e molti altri, che trovansi citati in Coccel, *Jur controv.* Tit. *de act. pign. qu. ult.* Erxleben, *de pign. at hypoth.* §. 294. 95.

(4) La letteratura di questa quistione leggesi in Höpfner §. 873. not. 4. Menken, *De act. forens.*

(5) Stryk *N. M.* Tit. *de addict. in diem* §. 8. Boehmer, *Jus D. eod.* Tit. §. 4. Wernher, *Lect. comm. ibid* §. I

(6) Menken, l. c. p. 224, *at ib.* Madihn: not. 643.

(7) L. 7. §. 5. L. 8. C. *de praescr. 30 ann.* L. II. §. 1. 2. C. *de praescr. t. t.*

(8) L. *ult. fin. regund.*

(9) Hellfeld §. 719. Sulle differenti opinioni degli altri veggasi Fachinei *Contr.* L. 6. c. 36. Rave §. 148. Coccei, *Jus contr.* Tit. *fin. regund. qu.* 5. et Emminghaus *ib.* Müller, *Ad Leyser Obs.* 720. J. E. Wittert, *De praescr. quinque pedum.*

(10) Pufendorf. T. I. *Obs.* 42. Secondo le XII Tavole non potevasi prescrivere lo spazio di cinque piedi da lasciarsi fra due campi. Cicerone, *de LL.* L. I. c. 21. Ciò non fu più seguito nei tempi posteriori. Ma la L. 5. C. *fin. regund.* ristabilì il dritto delle XII. Tavole, finchè infine fu ammessa la prescrizione trentenaria nella L. *ult.* C. *eod.*

rere colla *extinctiva* delle azioni. L'acquisto della proprietà in 30 o 40 anni si accorda perfettamente colla perdita delle azioni in questi medesimi casi.

Havvi però dei casi nei quali la prescrizione si rompe secondo i principii della prima avanti che lo fosse per la seconda: per esempio A possiede la cosa mobile di B per 3 anni *in conditione usucapiendi*: secondo il dritto comune B avrebbe 30 anni per esercitare la sua *vindicatio*, ma quegli trovasi d'avere già usucapita la proprietà in 3 anni. Sicchè la proprietà dell'uno escludendo la *vindicatio* dell'altro, è manifesto, che il termine più breve della prescrizione *acquisitiva* abbrevia indirettamente la prescrizione *extinctiva*. Questa regola però deesi intendere limitatamente a quei casi, nei quali il dritto acquisitivo contradica ed annulli quello non ancora estinto secondo i principii della prescrizione *extinctiva*: se ciò non avviene l'acquisto da una parte non importa perdita dall'altra. L'*usucapio* della proprietà per esempio non distrugge l'*actio hypotecaria*, giacchè il dritto di proprietà non esclude quello del pegno (1).

§. 46.

La regola generale, come già osservammo, si è, che tutte le azioni sì reali che personali, pregiudiziali e non pregiudiziali, possessorie e petitorie durano 30 anni. Non è questo il luogo di occuparci della trattazione speciale delle eccezioni, che seguono dai principii generali d'ogni specie di prescrizione, e particolarmente della *extinctiva*, per esempio, che l'*actio de libertate affermativa* è inprescrittibile, che le azioni reali del Fisco durino 40 anni ecc.

Le eccezioni, che cadono qui in acconcio, possono essere comprese sotto le due seguenti e principali rubriche:

1) vi sono alcuni casi, nei quali le azioni generalmente prescrivonsi in un periodo differente: 2) sotto alcune condizioni un'azione che non varia dalle altre in rapporto della sua durata non prescrivesi in alcuni determinati casi secondo i principii generali.

§. 47.

I) *Casi, nei quali alcune azioni non si estinguono in 30 anni.* Sono qui da farsi tre distinzioni, ed in ispecie: 1) un'azione dura più a lungo di 30 anni. Di tal ragione sono: a) l'azione colla quale può reclamarsi il debito proveniente da giuoco ed illegalmente pagato, la quale dura 50 anni (2): b) la *hereditatis petitio* dei figli; questa secondo la pratica sebbene erronea pure dominante in molti luoghi dura 90 anni, quando i figli succedino *ab intestato*, e 120 anni, quando sieno istituiti per testamento (3). c) L'opinione di molti (4) che l'*actio de statu civilatis negativa* duri 40 anni, è contradetta da quello che leggesi nel §. 29 nr. c. d) Le azioni personali del fisco (delle reali fu già parola) durano 40 anni (5).

§. 48.

II) Molte azioni durano meno di 30 anni. Ed in ispecie; A) delle azioni reali la *querela inofficiosi testamenti* dura soltanto 5 anni da contarsi dal momento dell'adizione dell'eredità; la quale regola non deesi estendere, come alcuni fanno, all'*actio suppletoria* (6) ma sì bene alla *querela inofficiosae donationis* (7). B) Delle azioni personali e particolarmente delle *rei persecutoris*, a) l'*interdictum glande legenda* dura soltanto 3 giorni (8): b) quando il Fisco o il governante ha alienate le cose altrui, dura 4 anni l'azione tendente all'indennizzazione (9): c) un uguale periodo ammettesi per i beni vacanti e non ancora aditi dal Fisco (10): d) le indagini sullo *status* d'un defunto sono ammissibili soltanto in 5 anni dal momento della morte (11): e) in questo stesso periodo è limitata la dimanda dei creditori per la separazione dei beni ereditarii dal patrimonio dell'erede (12).

§. 49.

I) Particolarmente importante e difficile è la dottrina sul tempo necessario per la

(1) L. 44. §. 5. *de usurp.* L. 7. C. *de pign.* Westphal, *del pegno* §. 246.
(2) L. *ult.* C. *de aleator.*
(3) Koch, *Succ. ab int.* §. 129.
(4) Per esempio Menken, *De act.* p. 407.
(5) L. 4. 6. *de praescr. 30 ann.*
(6) Hellfeld, §. 550. 551. Höpfner, §. 1187. Finestres, *Prael. de inoff. test.* cap. 8. §. 5.
(7) L. *ult.* C. *de inoff. donat.* Eichmann, *Ad Rave* §. 154. not.
(8) Hellfeld §. 1874.
(9) §. *ult.* I. *de usus.*
(10) L. 1. §. *de jure fisci.* L. 1. C. *de quadr. praescr.*
(11) *Tit.* ff. *et* C. *ne de stat. def. post. quinquennium.*
(12) Hellfeld, §. 1826.

prescrizione delle differenti specie di restituzione (1). Su questa materia è necessario osservare di passaggio quanto segue. Prima di Giustiniano le restituzioni Pretorie dovevano ordinariamente essere esercitate nel corso *anni utilis*. Le così dette *restitutiones civiles* non furono mai circoscritte in questo o in qualunque altro determinato periodo di tempo: sicchè per regola generale potevasi dimandarle in 30 anni (2).

Anche ad alcune restituzioni Pretorie era assegnato un particolare periodo di tempo, per esempio, l' *actio quod metus causa*, quante volte era diretta al *simplum*, poteva essere intentata in 30 anni, l'*actio de dolo* in un più breve *tempore continuo*. Giustiniano ordinò (3), che un *quadriennium continuum* dovesse essere sostituito all' *anno utili*, ed al tempo fissato da Costantino per i minori: ma è incontestabile, che da Giustiniano nulla fu cambiato per quei casi, per i quali il tempo non era l' *annus utilis*, sicchè per essi rimase in vigore l'antica regola. È però indubitato, che in tutti i casi, nei quali un maggiore doveva dimandare la restituzione intra *annum utilem* (4), è sostituito un *quadriennium continuum*.

Questo *quadriennium* però è *continuum* soltanto *ratione cursus* e non *ratione initii*, e comincia a decorrere dal giorno della conoscenza.

Giacchè l'anno Pretorio era un *annus utilis ratione initii et cursus* (5), il novello *quadriennium* secondo la determinazione di Giustiniano dee essere pareggiato al Pretorio *anno utili* per quanto riguarda il cominciamento di esso. È ancora importante in questa legge, che per ordinamento dello stesso Imperadore la lite debba essere compiuta in questi quattro anni (6). Nondimeno la pratica Tedesca non ha seguita questa regola (7). Se ad alcuno è restituita un'azione col così detto *judicium rescindens*, dopo la restituzione durerà quanto sarebbe durata prima che fosse perduta (8); e l'opinione di Stryk (9), che l'azione restituita dovesse dopo la restituzione durare almeno 3 anni, è contro la natura d'una tale istituzione, che non tende ad arricchire alcuno (10). Quando però dimandasi la restituzione *per exceptionem*, non ammettesi alcuna prescrizione, perchè per regola generale l'eccezioni non prescrivonsi. Se avviene *per replicam*, è applicabile tutto quanto fu detto dell'azione, come per la duplica quello che fu detto delle eccezioni (11).

Ciò premesso, risulta per le singole specie di restituzione quanto segue: 1) le *restitutiones civiles*, che non provengono *ex analogia* dalle Pretorie (12) possono essere dimandate in 30 anni, non essendo esse prima di Giustiniano particolarmente limitate in rapporto al tempo. 2) L'*actio quod metus causa* nel suo più lungo periodo dura un *quadriennium continuum*, e 30 anni quando non sia possibile alcun'altra azione giuridica, e si reclama *in simplum* (13). 3) Per l' *actione de dolo* Costantino il primo ordinò, che potesse essere esercitata *intra annuum continuum*, o che la lite dovesse essere compiuta *in un biennio continuo* (14). Giustiniano modificò una tale regola in ciò; che debbasi intentare e menare a termine l'azione nel *biennio continuo* (15).

I nuovi ordinamenti sull' *anno utili* nulla cambiano a tal proposito. Nondimeno molti opinano, che l'*actio doli* duri 30 anni, non essendo ancora infamante (16). Ma quando si consideri, che una tale azione è sempre disonorante, e che al tutto falsa è la regola, *cessante ratione legis, cessat lex ipsa*, è impossibile ammettere una tale opinione (17). L'*actio in factum* per causa di frode non patisce alcuna limitazione, sicchè dura 30

(1) Mi basta accennare l'opinione di Wollaer, *Obs.* F. 1. *Obs.* 23. Glück, *Diss. de vita petendae rest. in integr.* §. 34 e segu. sostiene, che al presente a cagione del mancato *judicii duplicis* ogni reclamo di restituzione possa essere esercitato in 30 anni: le ragioni, sullo quali poggiano sono troppo deboli, e furono pure poco approvate. Höpfner §. 1004. not. 4 n. Lo scritto più importante è quello di Kock, *Diss. de praescr. rest. in integr.*

(2) *In* L. 3. C. *de praescr. ann.*

(3) L. 7. C. *de temporal. in int. rest.*

(4) E non soltanto per la *restitutionem ob absentiam*, come alcuni opinano.

(5) L. 1. §. 1. *ex quib. caus. major.* L. 1. *pr. quae in fraud. cred.* L. 1. C. *de his quae vi.*

(6) Che ciò si contenga nella cit. L. 7, è negato da Coccii Til. *quod vict. caus. qu.* 6. Per essere al caso di risolvere questa quistione basta non essere cieco.

(7) Lauterbach, *Coll.* L. 4. T. 4. §. 26.

(8) L. 26, §. 8. *quod metus caus.* L. 24, §. 3. *ad Sel. Vell.* L. 2. *pr. quando de peculio.*

(9) *U. M.* Tit. *de in int. rest.* §. 10.

(10) L. 22. §. 1. 29. *ex quib. caus. major. Clem. unic. De rest. in int.*

(11) Glück, *Comment.* §. 439.

(12) Hellfeld §. 432.

(13) *Id.* §. 451.

(14) *L. un. C. Theodos. de dolo malo.*

(15) *L.* 8. *C. de dol. mal.*

(16) Wehrn. *De dolo, culpa* ecc. p. 51.

(17) È pure rigettata da molti, per esempio, da Stryk, Til. *de dol. mal.* §. 5. Glück, a, a. §. 451.

anni (1). 4) Per determinazione di Costantino i minori dovevano in Roma, in Italia, e nelle provincie dimandare la restituzione nei 3, nei 4, e nei 5 anni dopo che erano divenuti maggiori. Giustiniano statuì per esso un *quadriennium continuum* da contarsi dal primo giorno del ventesimo sesto anno. Per quanto riguarda l'erede di colui, il quale poteva essere restituito *ex capite aetatis*, fa d'uopo distinguere: A) Se il defunto era maggiore: in questo caso il suo erede o è: a) *major*, ed allora potrà giovarsi della restituzione nel tempo che rimaneva al defunto: b) *minor*: questi dopo giunto alla maggiore età, o ottenuta la *venia aetatis* potrà essere ammesso alla restituzione per quel tempo, che rimaneva al defunto. B) Quando questi era *minor*: a) se gli succede un maggiore, questi avrà 4 anni dall'adizione dell'eredità per dimandare la restituzione: b) se l'erede per contrario sia anch'esso minore, potrà essere restituito in 4 anni a contare dalla maggiore età o dalla *venia aetatis* (2). Su questa materia sono ancora importanti le seguenti osservazioni. A) In molti luoghi della Germania il termine della maggiore età è anteriore a quello dei Romani: sicchè può ventilarsi la quistione, se colui che sia *major* di 21 anni abbia soltanto da questo tempo 4 anni, o pure possa essere restituito fino alla fine dell'anno ventesimo nono come presso i Romani? Il primo caso non ammetto alcun dubbio, giacchè la regola dei Romani si è, che il maggiore debba essere restituito nei 4 anni, essendo una specialità tutta propria della loro legislazione, che i 4 anni comincino dal ventesimo sesto (3). B) Se un minore ha ottenuta la *venia aetatis*, il tempo della restituzione comincia per determinazione di Costantino dal momento che gli fu data la *venia aetatis* (4). Giustiniano vi aggiunse, che quando la differenza fra questo termine e quello degli anni 25 sia maggiore di 4 anni, possa sempre ammettersi la restituzione sino al compimento degli anni 25 (5). C) La restituzione per rinunzia di eredità è regolata da principii particolari. Fa d'uopo distinguere: a) che il *minor* non era *suus*: in tal caso la restituzione avviene nel tempo ordinario, mentre le cose ereditarie non sieno ancora vendute (6) b), che egli era *suus*: se le cose ereditarie furono vendute dopo la sua maggiore età, non ammettesi la restituzione; se questo non è il caso, e se ciò avvenne durante la minore età, egli potrà essere restituito al compimento di questa nel *quadriennio continuo*, ed anche tre anni dopo. 5) Il dritto Romano statuisce, che debba essere restituita sull'esempio dei minori la *respublica*, sotto la quale denominazione si comprendono anche le città municipali (7): sicchè il *tempus restitutionis* è un *quadriennium ratione cursus continuum*, *ratione initii utile*. Una pratica contraria alle leggi à estesa questa regola a tutte le *universitates*, alle quali presedono degli amministratori (8). Per dritto Canonico ammettesi la restituzione per le Chiese e le Istituzioni Pie come per i minori nel *quadriennio continuo* dal momento della sofferta lesione senza tener conto però dei giorni nei quali fu impossibile l'esercizio del dritto (9): nel fatto questo *quadriennium* è anche *utile ratione cursus*. 6) Per dritto Pretorio non perdevasi mai il dritto alla *restitutioni ob capitis diminutionem* (10): ma col Codice fu sostituito a quel tempo indeterminato un termine di 30 anni. In ciò nulla fu cambiato da Giustiniano. 7) La *restitutio ob absentiam* può dimandarsi in 4 anni per determinazione del medesimo Imperadore (11). 8) L'*actio in factum*, colla quale s'impugna una *alienatio judicii mutandi causa facta* può essere intentata nel *quadriennio* (12) sebbene per dritto delle Pandette fosse limitata nell'*anno utili* (13). 9) L'*actio Pauliana*, colla quale dimandavasi nel medesimo tempo la *restitutio in integrum*, durava per dritto delle Pandette uno *annus utilis*, ma estendevasi a 30 anni, quando era diretta contro colui, che n'era divenuto più ricco. All'*anno utili* è ora sostituito il *quadrinnium continuum* (14).

(1) Hellfeld, §. 455.
(2) *L.* 6. *de int. rest. L.* 18. §. *ult. L.* 19. *de min. L.* 5. *C. de temp. in int. rest.* Al tutto erronee sono le idee, che leggonsi in Hellfeld §. 463 como fu osservato da Koch l. c. §. 3.
(3) Schiller, *Prax. jur. R. Ex.* XI. §. 27.
(4) *L.* 1. *C. Theodos. de his qui ven. aet.*
(5) *L.* 5. *de his qui ven. aet.*
(6) *L.* 22. *in fin. L.* 22. §. 2. *de minor.*
(7) *L.* 1. *C. ex quib. caus. maj. L.* 3. *C. de jur. reip.*
(8) Hofacher §. 832. Molto strana è l'idea di Höpfner, §. 1002 not. 2. che una comunità debba essere restituita solo quando trovinsi in essa dei minori; giacchè è da osservare, che per le *universitatibus* non si fa mal considerazione degl' individui.
(9) Cap. I. 2. *de in int. rest. in 6.* Boehmer, *T. E. P. L.* 1. T. 41, §. 9, 11.
(10) *L.* 2. §. 1. §. *ult. de cap. min.*
(11) *L.* 7. *C. de temp. in int. rest.*
(12) *Dissent.* Perez *Ad Cod. L.* 2. T. 55, n. 6. Boehmer, *Jus D.* Tit. *de al. jud. mut. c. fact.* §. 4.
(13) *L.* 6. *de al. jud. mut. c. faci.*
(14) *L.* 10. *pr.* §. 24. *quae in fraud. cred.* Voet *cod.* Ti. 13. Danz, *Summ. Prax.* §. 113.

L' *actio revocatoria*, che compete al Fisco essendo una *actio directa ex lege civili* dura 40 anni (1): ma il momento, dal quale comincia l'azione a prescriversi, non è quello, come molti opinano (2), dell'alienazione fatta dal debitore, ma della conoscenza della violazione (3).

§. 50.

h) L'*actio redhibitoria* e quella *quanti minoris* ànno pure un tempo molto breve, sebbene differente. Se il venditore si è obbligato per i difetti, la prima durerà 6 mesi, la seconda un anno. Se ciò non fu convenuto, o la vendita fu conchiusa *sub pacto displicentiae*, o pure si reclama per gli accessorii; potrà quella essere esercitata solamente in 2 mesi, questa in sei (4). All' *actioni redhibitoriae et quanti minoris* può pure sostituirsi l'*actio emti*. In tal caso sarà questa circoscritta alla durata di quelle, e non *perpetua*, come alcuni opinano. Giacchè altrimenti sarebbe stato al tutto ozioso fissare attentamente i termini per esse (5).

§. 51.

i) L' *actio personalis ad petendum usumfructum* dura (6) secondo la L. 16. §. 1. C. *de usuf.*, e come pure si manifesta dall'insieme di questa legge, fra i presenti 10 anni, fra gli assenti 20. Questo è certo strano, ma è meglio accusare Giustiniano d'un errore anzi che tener dietro all' esempio di molti, che violentano il senso della legge limitandola all' usufrutto costituito (7).

§. 52.

Le azioni, che tendono ad una *poena publica* si prescrivono in 20 anni (8): ma questa regola patisce molte eccezioni, essendo alcune di esse prescritte in un termine più breve, altre uno più lungo.

§. 53.

Le azioni, che hanno per obbietto una pena privata durano 30 anni secondo i principii generali: si fa eccezione però per le Pretorie, le quali ordinariamente possono essere esercitate solamente nel periodo di un anno (9). Alcune azioni Pretorie sono però per eccezione perpetue: ed in particolare: a) l' *actio furti manifesti*, e la somigliante a questa *actio arborum furtim caesarum, actio servi corrupti*, *et actio rationibus distrahendis* (10): b) l'*actio de dejectis et effusis*, quando non sia intentata per la morte d'un uomo libero (11).

c) Quando un' azione risultante da un contratto civilmente confermato ha per obbietto una pena Pretoria. Perciò l' *actio de recepto*, anche quando sia esercitata per causa di furto, è perpetua (12), ed anche l'*actio depositi*, se dimandasi il doppio da quello, che à sottratto un *depositum miserabile* (13). d) Tutte le azioni penali Pretorie, le quali sono in pari tempo *rei persecutoriae* (14).

§. 54.

L'*actio hypothecaria* è circoscritta in periodi diversi quando più lunghi, quando più brevi. Fa d'uopo distinguere: a) se il debitore possiede il pegno, in tal caso il termine della prescrizione è di 40 anni: b) se è un terzo, che lo possiede, e questi è pure creditore, allora l'*actio hypothecaria* dura 40 anni essendo vivo il debitore; ma dopo la morte di questo può essere esercitata in 30 o 40 anni, secondo che il possessore voglia contare o pur no gli anni del possesso dalla vita del debitore: se il terzo possiede come proprietario, ed è *in conditione usucapiendi* l'azione sarà prescritta in 10 o 20 anni secondo la presenza o l'assenza, altrimenti in 30 anni (15).

§. 55.

II) *Casi, nei quali in alcune determinate*

(1) *L.* 18, §. 10. *de jure fisci.*
(2) Berger. *Dec. jur. L.* 11. T. 2, 34, n. 19. Hellfeld, §. 1832. Hommel, *Obs.* 539 n. 17.
(3) *L.* 6, §. 14. *L.* 18. *de his quae in fraud.* Dabelow, p. 445-447.
(4) Hollfeld, §. 1113.
(5) Hommel et Madihn *ad* Menken 1. c. p. 240.
(6) Werner *P.* VIII. *Obs.* 344. è di questa opinione.
(7) Rave §. 115. nr. h. Westphal, *De libert. praed.* §. 580.
(8 *L.* 3. *de requir. reis. L.* 12. *C. ad L. Corn. de falsis.*
(9) *Pr. J. de perp. et temp. act.* La ragione n' è dubbia. C. F. Hommel, *Pr. ver. act. pract. sint. Ann.* Hugo, *Storia Romana* p. 212-213.
(10) *L.* 1. §. 6. *arb. furtim caes. L.* 13. *de serv. corrup. L.* 1. §. 23. *de tut. et rat. distr.*
(11) *L.* 5. §. *de his qui effud. vel deject.*
(12) *L. ult.* §. 6. *naut. caup. stab.*
(13) *L.* 18. *deposit. Dissent.* Boehmer, *de act. S.* 11. *c.* V. §. 23.
(14) *L.* 5. *de C. et A. L.* 21. §. 5. *rer. amot.*
(15) Höpfner §. 11. 86.

condizioni un' azione non eccettuata in generale devia però dalla regola. In questa categoria sono: 1) l' *actio de peculio*, che dura un solo anno dopo cessata la patria potestà (1). 2) L'*actio pignoratitia directa*: può essere esercitata per la restituzione del pegno soltanto in 2 anni nel caso, che fu questo aggiudicato dal governante al creditore (2). 3) La *rei vindicatio* intentata da un maggiore, nel caso che le sue cose durante la sua minore età fossero state invalidamente vendute senza un decreto del magistrato dal curatore, ed anche col consenso del *minoris*. In questo solo caso la *rei vindicatio* dura soltanto 5 anni. Ma per meglio determinare la natura ed i limiti di questa prescrizione crediamo necessarie le seguenti riflessioni. Quando alcuno addivenuto maggiore impugna un atto conchiuso durante la sua minore età, ciò potrà fare, 1) sia che dimandi la restituzione contro un fatto, che civilmente sarebbe valido; in tal caso potrà dimandare la restituzione o *ob minorem aetatem*, o per ragioni, per le quali anche un maggiore sarebbe stato restituito: nel primo caso egli sarà circoscritto nel termine della *restitutionis minorum*: nel secondo caso, potrà, quando ciò gli sia più vantaggiuso, ottenere la restituzione nel tempo, in cui un maggiore è restituito: 2) sia che l'atto sia in se stesso nullo: in questo caso potrà fare istanze, perchè tale sia dichiarato, o perchè l'atto era per lui come *minor* nullo, come per esempio per la vendita di cose, che non potevansi alienare senza decreto, o questo fu rilasciato senza una precedente *causae cognitio*, o con essa fu confermata una donazione vietata; o pure perchè vi sieno delle ragioni per le quali anche un maggiore avrebbe il dritto di dimandare la nullità dell' atto, come *ob dolum, errorem, metum*. Per tutti questi casi vale la regola generale; che la persona lesa può dopo la maggiore età reclamare una cosa alienata con un atto nullo (3) in 30 o 40 anni dal momento della tradizione secondo che l'alienazione avvenne durante la sua pubertà (4). Questa regola patisce una sola eccezione per la L. 3. C. *si major fact.* Con essa Giustiniano statuisce, che quando un curatore aliena col consenso del minore ma senza il decreto del magistrato, quegli non potrà opporre la nullità dell' atto dopo 5 anni della sua maggiore età. Perchè non vi à ragione per estendere questa legge, nè i *jura singularia* sono soggetti ad interpetrazione estensiva, ne segue, che questa prescrizione di 5 anni ammettesi solo quando: a) la causa della nullità si riponga nella mancanza del decreto. Poco ragionevole è l' opinione di coloro (5), i quali applicano la medesima regola a tutti i casi, nei quali un' atto possa impugnarsi per altre ragioni: b) se una cosa è alienata dal curatore coll'assenso del minore, e non quando ciò avvenga per il fatto del tutore, o del solo curatore. Manifestamente erronea è l' opinione contraria di Lauterbach (6), o quella di molti, che propongono un mezzo conciliativo, ed ammettono la prescrizione di 5 anni almeno in quei casi, nei quali l'alienazione fu a notizia del pupillo (7).

§. 56.

Manca una determinazione legislativa sul principio sostenuto da molti, che le eccezioni tutte sieno prescrittibili, o almeno quelle, che si potrebbero tradurre in un'azione: che anzi potrebbesi formolare la regola contraria nel seguente modo: le eccezioni sono generalmente inprescrittibili (8). Havvene però alcune poche, che si prescrivono; e di tal ragione sono: 1) la *exceptio non numeratae pecuniae* (9): 2) quella *non numeratae dotis* (10): 3) la *exceptio pecuniae non solutae* (11): 4) e l' eccezione di competenza, quando s' intenta reclamo contro il figlio molti anni dopo cessata la patria potestà (12).

È indubitato, che possonsi prescrivere le eccezioni, che i contraenti scambievolmente si concedettero soltanto per un limitato tempo, o che in casi speciali furono date dal governante per uno determinato periodo, come per esempio la *exceptio moratorii*.

§. 57.

Rispettivamente alla prescrizione *extinctiva* delle servitù fu osservato (§. 8.) che

(1) Hellfeld, §. 919.
(2) *L.* 3. §. C. *de domin. jur. impetr.*
(3) *L.* 8. 10. 15. 16. C. *de praed. minor.*
(4) *L.* 3. 4. C. *de praescr.* 30 *ann.*
(5) Hofacher, T. 1. §. 612.
(6) *Posit. ad L. ult.* C. cit. §. 17.
(7) Come per esempio Schmidt, *De vind. rer. pup. ad quinque restr.* §. 56.
(8) L. 5. §. 6. *de dol. exc.* L. 5. C. *de except.* Rave §. 165 e gli Autori citato da Hopfner, §. 1199. not. 2.
(9) Hellfeld § 768.
(10) Hellfeld §. 1239.
(11) Idem, §. 1933.
(12) L. 4. *quod cum eo qui al. potest.* Alcuni intendono la Legge nel seguente modo: *post multos annos* il figlio non può essere più molestatu, per esempio Voet *cod.* n. 4.

prima di Giustiniano alcune di esse perdevansi col semplice *non usus*, per altre era necessaria una *usucapio libertatis*. È opinione di molti che Giustiniano avesse apposta come condizione d'ogni perdita di servitù la *usucapio libertatis* (1). Ma nulla è più erronea di questa proposizione, giacchè le parole *nisi talis exceptio ei opponatur*, *quae etiamsi dominium vindicaret*, *posset eum presentem vel absentem excludere* (L. §. 1. *C. de usufr.*) non si riferiscono alla *usucapio libertatis*, ma al corso del tempo; il che diviene indubitato per la L. 13. *C. de servit* (2). Molto più probabile sarebbe quando si affermasse con Pufendorf (3), che al presente per la mancata distinzione fra le *rebus mancipi e nec mancipi* sia necessaria in tutti i casi una *usucapio libertatis*. Senonchè è soltanto probabile, ma non giuridicamente certo, che una tale differenza possa influire su questa materia, il che sarebbe indispensabile, perchè l'idea di Pufendorf avesse una validità pratica. Sarebbe pure strano, che Giustiniano che tanto accuratamente cercò cancellare ogni traccia della divisione delle cose *in mancipi e nec mancipi* avesse accolta nelle Pandette la L. 6: *de S. P. U.* Certo egli stesso intese altrimenti questa legge. Corriggere un tale errore è fuori i termini della interpetrazione.

§. 58.

Rimane dunque l'antica regola: le *servitutes urbanae* sono perdute per il *non usus* solo quando fuvvi una *usucapio libertatis*: le *servitutes rusticae et personales* per contrario lo sono col semplice *non usus* purchè sieno *affermativae*, giacchè le negative possonsi per loro natura perdere solo quando il padrone del fondo serviente proceda al fatto vietato. Si fa però eccezione per alcune servitù personali: ed in ispecie: a) il dritto di passaggio ad un sepolcro (4): b) e le *operae servorum* (5): c) le servitù personali e da esercitarsi *alternis annis*, per le quali non perdesi l'intero dritto per il semplice *non usus* (6). Sicchè queste si estinguono secondo i principii della prescrizione *extinctiva* soltanto in trenta anni. d) Fra queste si novera generalmente l'*habitatio*. È vera l'opinione, che questa non estinguevasi prima di Giustiniano per il semplice *non usus* (7). Ma siccome per novella determinazione di questo Imperadore (8), l'*habitatio* fu pareggiata all'*usufructus*, e questo perdevasi con *non usus*, è necessaria conseguenza, che si dovesse applicare la medesima regola anche all'*habitatio* (9).

§. 59.

Quando non mancano le condizioni necessarie per la perdita d'una servitù per il *non usus*, la prescrizione di essa si compie in 10 anni fra i presenti, in 20 fra gli assenti. Le parole della L. 16. §. 1. C. *de usufr.* trassero molti in errore; ma la L. 13 C. *de servit.* rimuove ogni dubbio (10).

§. 60.

È opinione di molti, che anche la patria potestà possa cessare per prescrizione, quando il figlio abbiasi arrogato lo *status hominis sui juris*, ed il padre si tacque per 10 o 20 anni (11).

Altri per contrario assolutamente negano la possibilità della prescrizione della patria potestà: questi però non convengono tutti nella medesima opinione, giacchè alcuni non ci danno in alcun modo ad intendere quali conseguenze risultino da un tale stato di fatto (12); altri per contrario affermano che ne provenga una mancipazione tacita (13); àvvi pure di quelli, che ne deducono una semplice presunzione, che non esclude però la pruova della non compiuta emancipazione (14). Secondo i principii generali sopra espressi ci è lecito conchiudere quanto segue. Per la novella decisiva e generale determinazione della L. 3. 4. *de praescr.* 30. vel 40 *ann.* non è dubbio, che la patria potestà dopo 30 anni non possa più ricu-

(1) Hopfner §. 368 nr. 3 a. f.
(2) Noodt, *de usufr.* L. 2. c. 8. Hofacker, §. 1109.
(3) *Obs. jur. Univ.* T. III. *Obs*, 188. §. 18. 19.
(4) L. 4. *quem serv. amittit.*
(5) L. 2. *de oper. serv.*
(6) L. 28. *quib. mod. usufr.* L 13. *de usuf. legal.* Westphal, §. 884.
(7) L. 10. *pr. de usu et hab.*
(8) L. 13. C. *de usufr.*
(9) Le diverse opinioni degli altri trovansi in parte confutate in parte difese da Malliukrot, *Diss. de praescr. serv. extinct.* capit. 2.
(10) Noodt, *De usufr.* L. II. c. 8.
(11) *Colleg. Argent. Tit. adopt.* n. 99. *Bachovices*, p. 264. 269. Glück, *Comm.* v. II. §. 156. Muller, *Ad Leyser Obs.* 100.
(12) Come per esempio, Schulting, D. *de mancip. proleg.* §. 16. Fellenberg, *Jurispr. antiqu.* T. II.
(13) Lynker, *Comm. ad P. Tit. de adopt.* §. 18. Leyser, *Sp.* 21. m. 2.
(14) Giphanius, *Explan. LL. difficil.* Cod. P. 2. p. 472. G. van Eck, *Princ. jur. civ. sec. ord. D. Tit. de adopt.* §. 12.

perarsi con un' azione, quando il figlio abbia trascorso questo tempo come *homo sui juris*. La prescrizione però non estingue il dritto, ma soltanto l'azione; sicchè il padre non potrà più ridurre il figlio sotto la patria potestà coll' intervento del magistrato, nè reclamare il peculio, che è in potere del figlio; ma quando si trovasse possedere il peculio del figlio potrà sempre difenderlo con una eccezione. Oltre questa *praescriptio extinctiva longissimi temporis* non ammettesi alcun' altra più breve di 10 e 20 anni sull' esempio delle servitù, giacchè non è lecito conchiudere per analogia da queste a quella, e mancano leggi positive sopra un tale caso: non è qui applicabile la L. 25. *de adoptione:* questa accenna ad una emancipazione reale, ma pretesa illegale, che nel presente caso dovrebbe essere mantenuta per la regola: *testanti de propria turpitudine non creditur*: nulla pruova egualmente la L. 1. *C. de patr. potestate*. In questa l' Imperadore non decide, che un lungo stato di fatto annulli la patria potestà, ma che la pretensione del padre meriti una seria considerazione, e che la quistione abbisogni di ulteriori investigazioni. Se l'Imperadore avesse pensato, che le parole: *cum diu passus sis* importassero una prescrizione o una tacita emancipazione, avrebbe tutto negato al padre. Se per contrario avesse opinato, che da una lunga tolleranza non possa dedursi alcuna presunzione, che possa essere afforzata dalla pruova, non avrebbe dubitato del dritto del padre. Deesi perciò conchiudere, che la lunga tolleranza della indipendenza del figlio non produce alcuna perdita, ma una semplice presunzione, che la patria potestà sia cessata.

§. 61.

Anche i privilegi perdonsi col *non usus*; ma non si conosce il come, il quando, ed il tempo (1). Per dritto Romano i privilegi negativi (quelli cioè che dipendono da un fatto) non si perdevano col *non usus* (2). Per i privilegi affermativi non occorre alcuna regola, ma soltanto nella L. I. *de nundinis* trovasi la decisione, che il dritto di tenere un annuo mercato si estingue col *non usus* di 10 anni. Ma perchè la ragione di questa Legge dovette essere speciale, non ci è lecito dedurre da essa una decisione sicura per tutti i privilegi. Sicchè può in generale affermarsi, che per dritto Romano il *non usus* non importa perdita di privilegi. Nondimeno se vi sia l' obbligo di difenderli con un' azione, un tal caso è regolato dai principii della prescrizione delle azioni.

Il dritto Canonico nulla dice dei privilegi affermativi, ma per i negativi vi si contiene la determinazione, che quando una chiesa non si giovi in 30 o 40 anni del dritto di affrancarsi dalle decime, si estingue il privilegio, giacchè in tal caso si suppone una rinunzia a questo (3). E perchè una tale decisione è formolata a modo d' un principio, e siccome i privilegi affermativi meritano molto meno favore dei negativi, così uniformente allo spirito del dritto Canonico si può con piena sicurezza proporre la regola, che tutti i privilegi si perdono o per negligenza o per un fatto contrario. Ma rimane sempre la quistione; in quale tempo ciò avviene, se in 10 o 20 anni, o *longissimo tempore*. Il dritto Canonico nulla decide a tal proposito, giacch' esso si limita alle Chiese, le quali uniformemente perdevano la proprietà, le servitù e le azioni, in un eguale periodo. E perchè nel dritto Romano non occorre alcuna decisione per il caso, in cui non s'impugni il privilegio, nè riesce facile concepire quale analogia abbiano seguiti i Pontefici, è forza per i giuristi lealmente confessare, che è qui impossibile stabilire una regola certa.

§. 62.

Oltre i dritti già indicati, havvene pure molti altri, che non sono regolati dai principii generali della prescrizione, ma da regole speciali. I seguenti meritano una particolare menzione: 1) quando il pupillo si è reso colpevole di defraudazione d' imposte, può sottrarsi alla confisca pagandole in 30 giorni (4). 2) Il padrone dell' enfiteusi perde il dritto di prelazione non esercitandolo in due mesi (5). 3) Quando un proprietario abbia fatte delle spese sulla cosa comune, e l' altro non le sodisfi *pro rata* in 4 mesi, perderà quest' ultimo nell'indicato tempo la sua proprietà che si acquisterà dal primo (6). 4) L'erede è obbligato adempiere in un anno alla volontà del testatore, ove non volesse perdere l' eredità (7).

5) Quando alcuno è nominato tutore, deve

(1) Per la letteratura vegg. Glück, *Comm.* v. II. §. 110.

(2) L. 2. *de veteran.* L. 2. C. *de his qui sponte.*

(3) Cap. 6. 15. X. *de privil.*

(4) L. 7. §. 1. *de publican.*

(5) L. 3. C. *de jur. emphyt.*

(6) L. 4. C. *de aedif. priv.*

(7) *Nov.* 1. c. 4.

presentare le sue scuse in 30 giorni dal momento, ch'ebbe scienza della nomina stanziando 400 miglia o meno lontano dal luogo della giurisdizione: e se la lontananza fosse maggiore gli si concede un giorno per tutte le 20 miglia (1). In generale le scuse debbono essere presentate ed esaminate in 4 mesi (2). 6) Il dritto di adire una eredità è perpetuo, so l'erede non sia incorso nella perdita di essa, o quando un terzo non abbia acquistata una eccezione con un possesso legale (3) Se per contrario l'erede aveva conoscenza del pericolo di perdere l'eredità, dovrà dichiararsi in un anno, se pure non voglia esserne escluso (4). Se il defunto lasci un testamento, contro il quale alcuno intenda esercitare la *querela inofficiosi testamenti* l'erede istituito dovrà fare la sua dichiarazione in 6 mesi, se trevisi presente, in un anno se assente; e quando abbia in non cale di ciò fare nell'indicato periodo sarà costretto all'adizione (5). 7) Gli ascendenti e discendenti possono intentare il reclamo per la *bonorum possessio* in un anno, tutti gli altri soltanto in 100 giorni: questo tempo però è *utile ratione initii et cursus* (6). È indubitato, che il reclamo per la *bonorum possessio* non sia ammissibile anche prima di questo tempo, quando non permettesi più adire l'eredità per la novella determinazione di Giustiniano (7). 8) Se alcuno abbia pagato senza opposizione da parte del creditore *per certos annos* (L. 5. *de usuris*) una quantità d'interessi maggiore di quella che doveva, non potrà essere obbligato a pagare l'aumento, che anzi potrà difendersi con una *utili exceptione*, senza che perciò si annulli l'intera obbligazione. Un tale risultato è chiaro abbastanza; rimane però dubbio a quale periodo di tempo accennino le parole *certos annos*, se a 3, 5 10 o 20 anni. I più opinano per il periodo di 3 anni per analogia non al tutto decisiva della L. C. *de fideicom.* (8).

SEZIONE III.

SULLA RESTITUZIONE CONTRO UNA COMPIUTA PRESCRIZIONE.

§. 63.

I principii sulla restituzione quando sieno generali debbono essere applicati anche alla dottrina della prescrizione, ossia, essendovi le condizioni, le quali giustificano il dritto di dimandare la restituzione, debbono quelle operare la rescissione anche nel caso di prescrizione. Qui suppongonsi come note le diverse specie e le condizioni della restituzione. Merita però speciale menzione soltanto quella contro una prescrizione, che è regolata da principii particolari, e fu occasione di molte quistioni, e di tal natura è la restituzione dei minori e degli assenti.

§. 64.

I) Per quanto riguarda la restituzione dei minori, ed in ispecie contro una prescrizione legale è meritevole di considerazione una differenza, che facevasi prima di Giustiniano fra la *usucapio* e *praescriptio longi temporis*. Quest'ultima non compivasi nè contro i pupilli nè contro i minori (9): la prima per contrario decorreva contro gli uni e gli altri, sebbene si ammettesse la restituzione a favore di entrambi (10). Giustiniano però statuì, che in generale non potesse correre alcuna prescrizione minore di 20 anni contro i minori (11). Donde segue, ch'essi sono al coperto da una tale prescrizione, nè abbisognano del beneficio della restituzione. La *praescriptio longissimi temporis* per con-

(1) *L.* 16. *L.* 45. §. 1. *de excusat.*
(2) *L.* 38. 39. *eod.*
(3) *L.* 1. C. *de suis et lib.* *L.* 9. C. *de jur. delib.* L. 3. C. *de pet. her.* *L.* 3. C. *in quib. caus. cess. l. t. pr.* *L.* 3. C. *de praescr.* 30. *ann.*
(4) *L.* 19. C. *de jur. delib.*
(5) *L.* 56. §. 2. *de inoff. test.*
(6) §. 5. 6. *J. de B.* *L.* 2. *quis ordo in poss.* *L.* 2. C. *qui adm. ad B. P.*
(7) Koch *Bon. poss.* §. 29. *a. f.*
(8) Struben, v. 1. 468. Müllor, *Ad Leyser* T. III. F. 1. *Obs.* 483.
(9) L. 48. *pr. de A. R. D.* L. 3. C. *quib. non obiic.* l. *t. pr.*
(10) L. 2. *de eo qui pro tut.* L. 4. §. 24. *de dol. except.* L. 4. §. 11. *de usurp.* L. 2. §. 15. L. 7. §. 3. *pro emt.* L. *un.* C. *si adr. usuc.* L'opinione di Cujacio (*Obs.* L. 1. c. 14.) che soltanto le cose mobili dei pupilli potessero essere usucapite è poco sostenuta da queste leggi, al pari di quella di J. H. Boehmer, *Diss. de cursu praescr. contra min. suspen.* §. 4., che in generale non ammettevasi alcuna usucapione dei beni dei pupilli: ciò avveniva solo quando il possesso mancava delle condizioni necessarie per l'usucapione, che per esempio il possessore fosse di mala fede L. 27. *de contr. emt.* L. *ult.* C. *de usuc. pro emt.* Eravi invero ai tempi di Cicerone il principio; *de tutela legitima nihil usucapi posse*, EPIT. AD ATT. 1. 5. ma questo non estendevasi a tutte le tutele, nè può affermarsi con certezza, che siasi protratto fino ai tempi di Giustiniano. Gros, a. a. p. 33. 34. 48. 49. 50.
(11) L. 5. C. *in quib. caus. rest. in int.*

trario e particolarmente quella di 20 e 30 anni decorre indubitatamente contro i pupilli ed i minori (1), ma si quistiona, se debbasi loro concedere la restituzione. Molti risolvono la quistione per l'affermativa (2): ma la negativa mi sembra più conseguente alle L. 3. 4. C. *de praescr.* 30 *ann.* Giacchè nella prima è detto, che l'*absentia* non più scusi dalla prescrizione di 30 anni: è però da osservare che l'*absentia* non impedisce il corso della prescrizione, ma era soltanto ragione del reclamo di restituzione. E perchè tutti gli altri casi sono pareggiati a quello dell'assenza, sarebbe necessario, che il medesimo principio generale fosse inteso in un senso doppio ed essenzialmente diverso, il che contradice alle regole le più certe della interpetrazione. È pure poco decisiva la L. 4. C. cit. giacchè le parole *nullum jus moveatur*, *et sit liber* non si lasciano conciliare colla facoltà di dimandare la restituzione.

§. 65.

Quando alcuno ha ottenuta la *venia aetatis*, è considerato generalmente come maggiore, ed è assomigliato ai minori soltanto rispettivamente ai suoi beni immobili (3): ma per le cose mobili, e per tutte le obbligazioni personali, valgono i principii della prescrizione contro i maggiori: per gli immobili non ammettesi per contrario alcuna *praescriptio longissimi temporis* (4).

§. 66.

Questi principii patiscono nondimeno molte eccezioni. Ed in ispecie: a) manca il diritto alla restituzione nei casi nei quali non fu data prima di Giustiniano, nei quali deesi noverare la prescrizione delle azioni, delle quali è detto: *meram vindictam spirant* (5): giacchè le novelle determinazioni di Giustiniano non sono riferibili a questi casi, ma soltanto a quelli, per i quali correva il tempo della prescrizione colla riserva della restituzione. b) Corre la prescrizione nei casi, nei quali Giustiniano si è limitato ad ammettere la restituzione. Secondo il dritto ciò è applicabile al pagamento dei legati da farsi in un anno, ed alla *exceptio non numeratae pecuniae* (6). Anche nel Codice occorrono delle eccezioni relativamente al ritardato reclamo della *bonorum possessio* (7), come pure alla *temporis instantiae*, ed a tutti i termini di procedura determinati dalla legge(8), nè queste eccezioni furono annullate, come molti opinano, colla L. 5. C. *in quib. caus. in int. rest.* Giacchè fu volontà di Giustiniano, che le sue differenti determinazioni dovessero essere accordate insieme (9). c) Molti ammettono una eccezione anche per le prescrizioni novellamente introdotte dagli Statuti e dalle consuetudini. Ma questa opinione non può difendersi contro la regola *priores leges ad posteriores trahantur* (10). d) Quando un individuo maggiore di 14 anni ebbe in non cale di dimandare la innovazione dell'investitura in un anno e giorno, perderà il feudo. Ciò però non esclude la restituzione contro una tale prescrizione (11).

§. 67.

2) Per la così detta *praescriptio conventionalis* i rapporti di dritto al tempo dei classici giuristi erano i seguenti: o una simile prescrizione cominciava nella persona del minore, o questi la continuava come semplice possessore: nel primo caso compivasi la prescrizione, ma vi era la restituzione: nel secondo mancava anche questa (12).

Molti ritengono come vera quest'ultima determinazione (13). Ma perchè il principio contenuto nella L. 38. *de minor.* qual'esso è presentemente collocato deesi considerare come legge (14), così con più ragione affermano alcuni, che per dritto delle Pandette sia ammissibile la restituzione anche nell'ultimo caso (15).

Ma non ci è lecito maggiormente estendere questa regola. L'opinione di Böhmer (16), che per dritto del Codice non corra alcuna *praescriptio conventionalis* contro i minori, sicchè debbasi considerare come oziosa la restituzione, è poco ponderata, sì perchè i termini di essa sono molto arbitrarii, come ancora perchè questo modo di prescrive-

(1) L. 5 C. *cit.* L. 3. 4. C. *de praescr.* 30 *ann.*
(2) Voet, Tit. *de min.*
(3) *Tit. C. de his qui ven. aetat.*
(4) Boehmer, l. c. §. 26.
(5) L. 37. *de minor.* L. 7. §. 1. *de injur.* confer. colla L. 1. C. *de in int. rest.*
(6) *Nov.* 1. c. 4. §. 1. *Nov.* 100. c. 2.
(7) L. 2. *C. si ut omiss. hered.*
(8) L. 13. §. *ult.* C. *de judic.*
(9) *Nov.* 158.
(10) L. 26. *de LL.*
(11) Boehmer §. 26.
(12) L. 3. §. 8. L. 38. *de minor.*
(13) Hofacker, §. 824. not. l. *et ibi cit.* Mascou §. 8. 9.
(14) La mia Teoria della *Interp. logic.* §. 12.
(15) L. r. §. 15.
(16) L. 3. §. 8. *de minor.*

re non occorre nel dritto Romano sotto il nome di *praescriptio*, nè può affermarsi che sia compreso nell'ordinamento di Giustiniano L. 5. *C. in quib. caus. in int. restit.*

§. 68.

3) La così detta *praescriptio testamentaria* decorreva per dritto delle Pandette anche contro i minori, ma anche qui non negavasi la restituzione (1). Nè può conchiudersi dalle ragioni apportate per la *praescriptio conventionalis*, che il dritto del Codice abbia arrestato il corso di questa specie di prescrizione (2).

§. 69.

4) Le *praescriptiones judiciales*, come si è uso denominarle, decorrono egualmente contro i minori, ma non si nega loro il beneficio della restituzione. Ciò è indubitato secondo la dottrina delle Pandette, ed a questa nulla fu innovato col Codice, stantechè le novelle determinazioni di Giustiniano, che vi si contengono, si rapportano alla sola prescrizione legale: e ciò è maggiormente afforzato dagl'ordinamenti di questo Imperadore sul *tempus instantiae*: giacchè se decorrono contro i minori i termini fissati dalla legge, con quanta più ragione non lo dovrebbero quelli determinati dal giudice? È perciò ben fondata la comune opinione, che il minore dovesse dimandare la restituzione contro una tale prescrizione (3).

§. 70.

Coloro tutti, i quali e per legge e per pratica sono assimigliati ai minori per quanto riguarda le restituzione, possono dimandarla contro ogni specie di prescrizione, contro lo quali lo può un minore. Ma non deesi affermare che non decorra contro essi la *praescriptio longi temporis* non essendo loro applicabile tutto quanto Giustiniano statuiva nella L. 5. *C. cit*; e come *jus singulare* non potendo essere maggiormente esteso. In pari modo deesi loro negare la restituziono in tutti i casi nei quali non è data ai minori, giacchè il loro dritto è formolato su quello della minore età. Invero la *clem. un. de rest. in int.* colla sua vaga generalità ha indotti molti nell'errore di concedere alla Chiesa la *restitutio in integrum* dopo 40 anni. Ma perchè un tale frammento non contiene una legge generale, ma una semplice decisione, deesi di accordo colle più certe regole del dritto limitarla ad un solo caso, nel quale ammettevasi la restituzione anche per dritto comune, come pure sembrano pruovarlo le parole di essa, le quali accennano soltanto ad un ritardato termine di procedura (4).

§. 71.

II) Può ottenersi la restituzione contro una prescrizione anche *ob absentiam*, per la quale non s'intendo la semplice lontananza da un luogo, ma ogni impossibilità fisica di esercitare il proprio dritto (5), quando questa sia di tal natura da giustificare questo reclamo.

Una prescrizione può correre sia per *absentia* di colui, a cui danno si compie, o di quello che se ne avvantaggia: ma in questo ultimo caso la persona danneggiata può rompere il corso protestando (§. 17), senzachè seguendo l'opinione più vera questo novello favore tolga il beneficio della restituzione nel caso, che si abbia avuto in non cale di protestare (6).

§. 72.

Per regola generale ammettesi la restituzione illimitatamente contro ogni prescrizione, ed in ispecie contro la *conventionalis*, *testamentaria* e *judicialis* (7). Per la prescrizione legale fa d'uopo distinguere fra la *praescriptio longi et longissimi temporis*. Contro la prima sia puro di 10 o 20 anni può dimandarsi la restituzione. Giacchè sebbene Giustiniano avesse statuito, che la prescrizione fra gli assenti debbasi compiere in 20 anni (8), è manifesto però, che ciò non esclude la restituzione, perchè questa suppone sempre una prescrizione compiuta. Ma per contrario non ammettesi la rescissione della *praescriptio longissimi temporis ob absentiam* (9), sebbene nella pratica si se-

(1) L. 3. §. 8. *de minor.*
(2) Come afferma Boehmer l. c. §. 14.
(3) Boehmer l. c. §. 24.
(4) C. F. Kuhne, *De bon. rest. int. eccl. contra praescr. deneg.* C. L. Ruff, *de differ. praescr.*
(5) L. 1. §. 1. *ex quib. caus. maj.* L. 24, *de R. J.* L. 1. §. 9. *de itinere actuque privato.*

(6) Höpfner §. 407. Cocceï, Tit. *ex quib. caus. maj. qu. l.* Emminghaus, *ibid.* not. 2.
(7) L. 41. L. 43. *ex quib. caus. major.* L. 7. §. 1. *de distr. pign.* L. 7. *pr. de in int. rest.* Per la *conventionalis* afferma invero il contrario Voet (Tit. *ex quib. caus. min.* n. 15) ma leggerissime sono le sue ragioni.
(8) L. 12. *C. de pr. l. t.*
(9) L. 3. C. *de praescr. 30 ann.*

gua communemente il contrario (1). — Perchè l' ignoranza seusabile della esistenza d' un dritto da esercitarsi è assimigliata al l' *absentia* (2) e non trovasi in alcuno luogo determinato da Giustiniano, ehe non debbasi ammettere alcuna restituzione *ob ignorantiam*, la molto agitata quistione, se una ignoranza seusabile possa esser ragione di reclamo di restituzione contro una prescrizione compiuta (3), dee essere risoluta colla distinzione già fatta, ossia, ehe *ob ignorantiam* si possa essere restituito contro una *praescriptio conventionalis*, *testamentaria*, *judicialis*, *et legalis longi*, ma non *longissimi temporis*. I casi, nei quali l' ignoranza sia seusabile, occorreranno invero in questa occasione molto raramente, ma sono però sempre possibili.

PARTE SECONDA

SULLA *PRAESCRIPTIO INDEFINITA O IMMEMORIALIS* (4).

§. 73.

Sulla così detta *praescriptio immemorialis* occorrono nel dritto Romano i frammenti che seguono: *L.* 3. §. 4. *de aqua*: *Ductus aquae, cujus origo memoriam excessit, jure constituti loco habetur. L.* 2. §. 8. *L.* 26. *de aqua et aqu. pluv. arcendae*: *Idem Labeo ait, quum quaeritur, an memoria exstet facto, opere, non diem et Consulem ad liquidum exquirendum, sed sufficere, si quis sciat factum, hoc est, si factum esse non ambigatur: nec utique necesse esse, superesse qui meminerint, verum etiam, si qui audierint eos, qui memoria tenuerint. L.* 28. *de probationibus*: *si arbiter animadvertere debeat, an operis facti memoria exst t, hoc ei quaerendum est, an aliquis meminerit, id opus factum esse? Paulus*: *imo, quum in arbitrio quaeritur, memaria facti operis exstet, nec ne, non hoc quaeritur, nam aliquis meminerit, quo die aut quo Console factum sit, sed num hoc aliquo modo probari possit, quanda id opus factum sit*: *non potest enim hoc memoria non teneri, intra annum, puta factum, quum interim nemo sit eorum, qui meminerit, quibus Consulibus id viderit. Sed quum omnium est opinia, nec audisse, nec vidisse, quum id opus fieret, nec ex eis audisse, qui vidissent, aut audissent: et hoc similiter rursum versum accidet, quum memoria operis facti non exstaret* (5). Anebe in più luoghi del dritto Canonico è detto; ehe debbasi considerare come un *iustus titulus* il possesso, che si riporta al di là d' un tempo, *cuius existit memoria, o si contrarii non existit memoria* (6). Ma in nessuno luogo trovansi chiaramente determinate le condizioni ed i limiti di questa prescrizione: non debbonsi dunque fare le meraviglie, se in tanta povertà di leggi furono caldamente agitate tutte le quistioni, ehe possonsi ventilare su questa materia.

(1) *Coccei*, *l. c. qu.* 3. 4. Hofacker, §. 865. L. 6. *de calumniis.*

(2) Coloro, che opinano diversamente si riportano alla L. 12. *in f. C. de praescr. l.*. 9. e *Nov.* 119. c. 7. Ma la prima non esclude la *restitutio*, e la seconda non parla dell' ignoranza della esistenza d' uno dritto da esercitarsi, ma d' una alienazione avvenuta senza conoscenza.

(3) S. Musaeos, *De rest. in int. contr. pr. ex cap. ignorantiae.* F. U. Pestel, *Ex. solam ignorant. quantum just. et probai. nullam oper. rest.* I. Wunderlich, *De rest. in integ. contr. praescr. ex cap. iguor. non comp.* Leyser, *Sp.* 454. m. 5. Muller, *Ad leyser Obs.* 718.

(4) R. Ockel, *De praescr. temp. immem.* H. *Coccei*, *De praescr. immem.* S. P. Gasser, *De memoria initii contra praescr. immem.* I. Schwarzii, *D. de praescr. jur. gent. sive immemoriali* G. L. Meuken, *De praescr. immemor. hominum licet memoria deficiente per docum. elidenda.* Neller, *praescr. immem.* I. P. Krefs, *De genuin. natur. et indole vetust.* Pufendorf, T. I. *Obs.* 151.

(5) È quì a proposito la L. 2. §. 4. 5. 7. *de aqu. et aqu. pluv.* la quale, del resto difficile a chiarire (Westphal *de libert. praed.* §. 41) non è molto decisiva per la dottrina della *praescr. immemorialis.* — Secondo il dritto delle Pandette le servitù potevansi acquistare anche con una breve *praescr. definita*: ed a molti è sembrato strano, come ciò dovesse avvenire colla *praescrip. immemor.* Veggasi Gros, T. 55-57. Ma non dee ciò produrre maraviglia, quando si consideri, che quest'ultima è relativa a quelle servitù, che si esercitano senza *titulus*, e senza *patientia dominii.*

(6) Cap. 26. X. *de V. S.* cap. I. *praescription in* 6.

§. 74.

E per toccare in prima della parte generale di questa dottrina, è almeno indubitato per legge.

1) che il possesso *immemorialis* tiene le veci d' un giusto titolo, e che la *praescriptio immemorialis* è sostituita sussidiariamente alla *praescriptio definita* quante volte per eccezione non possa essere applicata quest' ultima. Sicchè una simigliante prescrizione ammettesi solo quando non riesce impossibile l' esistenza d' un giusto titolo.

§. 75.

2) La prescrizione *immemorialis* non può estendersi al di là dei termini del possesso. Da ciò segue, che tutti i dritti, che per questa ragione non perdonsi con una *praescriptio definita* (§. 43), non possono per il medesimo motivo essere soggetti alla prescrizione immemorabile, come per esempio, il dritto di reclamare la restituzione d'una cosa posseduta da un altro in semplice fitto (1), l' *actio finium regundorum*, quando entrambe le parti non ebbero un possesso esattamente delineato (2), come pure il dritto di riprendere una cosa data in pegno o rilasciata ad un altro col patto di ricompra, quando il possessore da tempo immemorabile non appropriossi dritti maggiori di quelli, che gli furono conceduti (3).

Molti nondimeno andarono a tal proposito in diversa opinione (4). Il dritto d' una rendita annua, che generalmente non perdesi col semplice *non usus* per un determinato tempo (§. 60), si estingue per contrario interamente, quando è perduta ogni memoria del suo esercizio: giacchè qui non può affermarsi come nella dottrina della *praescripto definit.* che la perdita del dritto non possa estendersi al di là della negligenza del proprietario di esso, ma deesi dire piuttosto, che chi non esercitò il suo dritto per un tempo immemoriabile dovesse essere considerato, come se vi abbia legalmente rinunziato.

§. 76.

3) Giacchè la presunzione della legalità del possesso è la ragione giuridica della *praescript. immemorial.* non sono perciò qui applicabili i principii proposti (§. 24) relativamente alla *praescriptio dormiens* (5). Per la medesima ragione non ammettesi la restituzione contro la *praescr. immem.* nè a favore delle Chiese, nè *ex capite ignorantiae* (6); molti però falsano anche qui il significato della *clausola generalis* dell' Editto Pretorio (7).

§. 77.

4) La *praescr. immem.* suppone naturalmente un possesso anche immemorabile; e che non sia stato interrotto: qui supponongsi come noti i differenti modi, onde s' interrompe il possesso. Merita però una speciale considerazione la quistione, se anche la citazione (§. 17) interrompa una simigliante prescrizione. Molti opinano per l' affermativa (8).

Ma siccome la regola del dritto Romano è relativa alla sola *praescriptio definita*, e si fonda sulla ragione, che il semplice fatto della citazione basta a scusare dalla taccia di negligente, il quale principio non è qui applicabile, e siccome tutte le leggi che trattano della *praescr. immem.* parlano d'una interruzione di fatto, per tali ragioni non può giustificarsi una tale opinione.

§. 78.

5) La *praescr. immem.* dispensa da qualunque buona fede, e come con molta verità afferma Treutler (9), anche la pruova della mala fede nulla può contro il possessore. Molti invero opinano, che secondo la regola generale del dritto Canonico, a nulla giovi il possesso immemorabile, quando si possa provare la *mala fides* (10). È però da osservare, che una tale opinione contradice alla natura di questa istituzione. Il possesso immemorabile à per conseguenza immediata, che debbasi presumere la legittimità di esso. Sicchè anche pruovando la *mala fides* niente altro si ottiene, che la certezza, che il possessore à esercitato il suo proprio dritto in mala fede. Ma qual danno ne può derivare? Niuno à mai perduta una proprietà sol perchè l' abbia posseduta colla coscienza, che si appartenga ad un altro.

(1) Pufendorf, T. I. *Obs.* 151. §. 9.
(2) Leyser *Sp.* 354 m. 11.
(3) Ockel, l. c. §. 45-47.
(4) Coccei, *De ext.* c. 5. n. 22-24.
(5) Krefs, l.
(6) Ockel, *l.* c. 57-60.
(7) Per esempio, Oddus, *tr. de rest. in int.* P. II. *qu.* 9. art. 5. 6. 7.
(8) Berlich, P. II. c. 9. n. 47. Ochel, l. c. §. 56.
(9) *Disp.* v. II. *Disp.* 12 part. 6.
(10) Gail, p. II. *Obs.* 18. Fachluei. *Contr.* L. 8. c. 26. Muller *ad Leyser Obs.* 735.

§. 79.

Molto più dubbii dei principii finora esposti sono quelli relativi alla pruova della *prescr. immem.* Fa qui mestieri distinguere più quistioni e casi.

1) Quando la pruova e la contropruova avviene per testimoni, sarebbe necessario definire avanti tutto le seguenti quistioni: di quale età debbono essere i testimoni? Siccome, fatta eccezione dell'unico caso della prescrizione centenaria contro la Chiesa Romana, il più lungo periodo della *praescriptio definita* è quello di 40 anni, e perchè è comune opinione, che la *praescriptio immemorialis* debba avere in tutti i casi una più lunga durata, e l'uomo sino alla pubertà non è capace d'una chiara percezione, originossi quindi l'opinione la più universalmente accolta nella pratica, che i testimoni debbano aver compiuti i 54 anni (1). Opinano altri che basti l'età di 50 anni (2); la quale opinione si sostiene pure sul dritto Romano consuetudinario (3): credono alcuni bastanti gli anni 40 (4); o molti infine pretendono che il testimone debba avere almeno 70 anni (5). È molto più ragionevole lasciare indeterminato il numero degli anni, e statuire in generale, che basti, che il testimone sia nel novero dei vecchi del luogo, in cui deesi compiere la pruova. In tutti i casi è però necessario, che il testimone abbia un'età provetta: giacchè colla pruova della *prescrip. immem.* trattasi di determinare un possesso, che si sottrae ad ogni memoria umana e non di questo o di quell'uomo. La medesima ragione, per la quale ciascuno troverebbe ridevole, che si presentassero quattro persone, ciascuna delle quali fosse di 15 anni, mena al necessario risultato, che sieno qui ammissibili come testimoni soltanto quelli, che il publico è uso generalmente denominare vecchi. Il concetto però della parola *vecchio* è relativo. Quando trattasi d'un luogo, dove per essere l'aria molto salubre, toccasi ordinariamente l'età di 90—100 anni, non si seguirebbe lo spirito della istituzione presentando testimoni sessagenarii: così per contrario dove il massimo dell'età è generalmente di 50 anni, non si potrebbero pretendere testimoni settagenarii. Deesi però francamente convenire, che in molti casi, come quando una intiera generazione, restando superstiti soltanto pochi giovani è distrutta per contagio e per guerra, l'applicazione delle leggi è rimessa interamente al criterio dei giuristi, e che in simiglianti casi sarà forza cedere alla necessità e seguire la regola, che nel dubbio deesi costantemente giudicare contro la *prescr. immem.*

§. 80.

La più difficile quistione è quella relativa all'obbietto della prova, ed alle fonti, dalle quali questa è tratta. A tal proposito disconvengono moltissimo le opinioni dei più moderni giuristi. Trattandosi di pruovare il possesso immemorabile, è necessario: a) che i testimoni facessero fede, che fin dove giunge la loro esperienza *(se vidisse)* si ricordino del possesso, che è ora obbietto di quistione. È molto più naturale riferire alla conoscenza dei testimoni le parole *omnium esse in opinionem* nella L. 28. *de probat.* b) Debbono pure i testimoni affermare, che il possesso fu continuo. Ma qui sorge una novella difficoltà. Nei riportati frammenti del dritto Romano, che sono i soli, nei quali occorre qualche cosa sui particolari della pruova, si accenna a tali casi, nei quali il possesso si presome come non interrotto, purchè i testimoni non abbiano veduto il contrario: giacchè non sono concepibili degli *intervalla* per un esistente *opere manufacto.* Ma si supponga il caso, che trattisi di pruovare un possesso, che deesi esercitare con atti continui, come per esempio, che alcuno abbia avuto l'esercizio d'una servitù fin da tempi rimotissimi, in simiglianti casi dovrebbesi rigorosamente poter preteudere la pruova del *exercitii continui.* Ma perchè è tendenza generale della nostra pratica (sebbene una tale tendenza sia spinta sovente fino al ridicolo) di agevolare il più che possibile la pruova, non debbonsi fare le meraviglie, se i nostri pratici si accontentino della pruova del primo e dell'ultimo atto, colmando il vuoto con delle congetture (6). c) Quando i testimoni abbiano l'età necessaria, e conoscano, che il possesso fu continuo durante la loro vita, è decisiva la loro deposizione sebbene fosse vagamente espressa nelle seguenti parole: « per quanto ci basta la memoria » (7). d) Nel dritto Romano è statuito, ch'essi dovessero pure nominare i loro antenati, ma non è detto in qual modo debbasi fare. Molti opinano che la deposizione debba esser fatta nel seguente modo: « noi udimmo

(1) Ockel, *l.c.* n.2. Prefs., *l.c.* cap.4. §.5.
(2) Pufendorf., *l.* c. §. 8.
(3) Gail L. 1. *Obs.* 92. *n.* 7.
(4) Schmidt, 1. c. §. 65.
(5) Leyser, Sp. 460. m. 7.
(6) Coccei, *l. c. cap.* 4. n. 4.
(7) Pufendorf, *l.* c. §. 6. Schmidt, *l.* c. §. 62. *Dissert.* Hofacker §. 983.

dai nostri antenati, ch' essi non appresero mai il contrario » (1): ma questi disconvengono se gli antenati sieno da nominarsi singolarmente o pur no: se nel primo caso sia necessario indicarne molti, o basti mentovarne un solo: o se nell' ultimo caso faccia mestieri ordinare un giuramento suppletorio (2). Altri per contrario affermano, che è sufficiente, che i testimoni asseriscano: « noi non udimmo mai il contrario dai nostri antenati ». Questa opinione è più conforme alla L. 28. *de probat* (3).

§. 81.

2) Per quanto riguarda la contropruova deesi avanti tutto investigarne gli elementi. Alcuni fondandosi sui citati frammenti del dritto Romano affermano, che il preteso possesso manca d' ogni ragione giuridica quando si riesca colla contropruova ad indicare il tempo, in cui si cominciò a possedere (4). Molti per contrario pretendono, che debba pruovarsi il vizio, col quale originossi il possesso (5). Coloro i quali non reputano necessaria la pruova del cominciamento del possesso, e considerano come assurda quella tendente a dimostrare, che non fuvvi alcun possesso disconvengono sul tempo, al quale dee rimontare la pruova contraria (6). Rave opina, che quando il possessore sia al caso di pruovare di aver posseduto per 40 anni, a nulla giovi alla parte contraria la pruova che ben altro avveniva prima di questo tempo. Altri protraggono questo periodo fino a 100 anni (7) o considerano la pruova come ridotta a nulla, quando il testimone della contropruova affermi, ch' egli abbia udito il contrario dai suoi antenati; ma anche questi disconvengono moltissimo sulla quistione, se colla parola *antenati* si accenni ai più prossimi, o pure agli antenati dell' antenato (8). Secondo L. 28 *de probat*. L. 26 *de aqu. et aqu. pluv. arcendae*, e le determinazioni delle più moderne leggi sul possesso, e sulla memoria che ne possano avere gli uomini, le seguenti idee sembrano più vere. La *presc. immemor.* suppone un possesso *ultra hominum memoria*. Se il fatto contrario è a memoria degli uomini la contropruova raggiunge il suo scopo, quando si possa dimostrarlo. Ci piace supporre, che la memoria umana sia al caso di percorrere la distesa di 100 anni. Se colla contropruova riescesi a dimostrare che in questo periodo di tempo avvenne appunto il *contrarium*, segue dal concetto istesso del possesso immemorabile, che debbasi considerare come inutile qualunque pruova. Non è di assoluta necessità, che si provi come e quando cominciò il possesso. Parlasi invero nel dritto Romano dell' *initii operis*, ma è da osservare, che per le opere esistenti, continue e visibili è molto naturale fissarsi a questo punto, giacchè per esse l' *initium* è appunto il *contrarium* più recente e più conosciuto. Quando credesi bastante la sola pruova dell'*initii* s'incorre per essere conseguente nel manifesto assurdo, che quando A abbia fatto conoscere essere il suo possesso più remoto del tempo, a cui giunge memoria umana, e B per opposto possa pruovare, che appunto il contrario avvenne prima dei 13, 14, e 15 anni, non debbasi tener conto di questa pruova; come nell'altra inconseguenza, che, se A pruovi che il suo possesso fu continuo per 300 anni, ed a B riesca dimostrare quando un tale possesso cominciò, sia pure al dì là dei 400 anni, dovrebbesi quì decidere contro il possessore? Ognuno avvertirà, che è decisiva per A la condizione della reminiscenza umana; e pure gli dovrebbe essere contraria la decisione di coloro i quali considerano come compiuta la contropruova colla semplice dimostrazione dell'*initii*, purchè, come usano molti (9) per trarsi da una tale difficoltà non volessero fare un'appello all' equità, *per Deum ex machina*. Dal già detto segue, che la contropruova deve essere indiretta a mettere fuori dubbio, che sin dove giunge memoria umana il pruovato possesso non fu continuo.

Ma che cosa intendesi per memoria umana? Questa non trovasi definita nè dal dritto Canonico, nè dalle leggi del Regno, sicchè è necessario chiarirno il concetto coll'ajuto del dritto Romano. In questo chiaramente è detto, ch' esiste una *memoria contrarii*, quando i testimoni ne abbiano una personale conoscenza, o avessero udito i loro antenati, affermare appunto il contrario; sicchè deesi conchiudere, che la contropruova si arresta ai più prossimi ascendenti dei testimoni. Se gli elementi della contropruova sono tratti dal tempo della presente o della

(1) Hofacher, §. 983.
(2) Coccei, *l. c.* cap. 4. n. 3. Krefs. l. c. cap. 3. §. 4.
(3) Pufendorf, *l. c.* §. 7. Müller, *Ad Leyser Obs.* 736. Scemidt, *l. c.* §. 66.
(4) Schmidt, l. c. §. 70. Gasser, *l. c* §. 40.
(5) Hofacker §. 972. Müller, *Ad Leyser Observ.* 134.
(6) *De praescr.* §. 186.
(7) Cocceii, cap. 4. n. 3.
(8) Krefs, *l. c. cap.* 3. §. 3.
(9) Per esempio, Krefs, *l. c.* cap. 2. §. 11.

più vicina generazione, saranno decisivi: se per contrario si nascondono in un' epoca più remota, non potranno distruggere la pruova. Anche qui riesce impossibile fissare un numero certo di anni.

§. 82.

Cade quì l'acconcio di prendere in esame la comune opinione, che nella pruova della *praer. immem.* si debbano preferire le testimonianze affermative alle negative(1). Questa opinione si fonda sul principio sì universalmente ammesso, che un testimone, che nega, poco o nulla pruovi; la quale proposizione è manifestamente erronea. Ciascuno può con sicurezza conoscere, se un fatto avvenne, sebbene vi possano essere dei casi, nei quali un tal fatto sfugga all' attenzione altrui. Tutto quanto dunque possiamo dire a tal proposito, si è, che un testimone, che afferma di aver veduta qualche cosa dee essere ascoltato con preferenza di colui che nega, quante volte un fatto à potuto sfuggire alla sua attenzione, nè possa questi negare, che sia ciò possibile. Ma quando il suo diniego si fondasse sopra una esperienza certa, non vi sarebbe ragione, perchè dovesse tenersi la sua testimonianza negativa in minor conto dell' affermativa altrui, se per esempio, quegli asserisca, che non fuvvi mai una casa avanti la finestra della camera da lui abitata fin da 40 anni (2). Questo è appunto applicabile alla pruova della *praesc. immem.*

§. 83.

II) Relativamente alla pruova della *praescr. immem.* per via di documenti (carte, iscrizioni, segni) può ventilarsi la principale quistione, se sia ammissibile un tal genere di pruova. Alcuni lo negano assolutamente (3): altri ritengono l'affermativa illimitatamente (4): molti infine sono di opinione, che una tale pruova non sia per se stessa compiuta, ma che valga a compiere tutto quanto vi abbia di difettoso nelle testimonianze (5). Nella realtà una tale quistione è piuttosto di fatto, anzichè di dritto. Quando i documenti bastino a provare quello, che si potrebbe attendere dalla pruova testimoniale, essi pruoverebbero *plene*: in caso contrario varrebbero soltanto ad afforzare la pruova testimoniale, o pure nulla pruoverebbero.

Può solo dimandarsi, se nel primo caso debbasi risolvere la quistione per l'affermativa. Sebbene non possa ammettersi una negativa assoluta, è certo però, che una tal pruova non debbasi facilitare in modo, che si ritenga per compiuta, sol perchè ci sia fatto conoscere da un documento la durata d' un possesso per 3, 10, 20, 30, o 40 anni. Se intendesi pruovare un possesso immemorabile e s' interroghi un testimone su quello ch'egli ne sappia, o ne seppero i suoi antenati, questi dovrà rispondere all' una, ed all'altra interrogazione, quando pure non fosse, che colla semplice parola *nescio*. Un istrumento, che ci dà notizia d'un possesso, ch'esercitavasi nell'ultimo periodo di tempo, nulla pruova per quanto riguarda la scienza, che ne potereno avere i predecessori: e perchè non può pruovare, che non siasi posseduta una cosa, è forza, che la vaga negazione che ammettesi per i testimoni, si converta per esso in una affermazione certa, ossia, che un istrumento ci faccia conoscere, che il preteso possesso fu esercitato non solamente nell' ultima, ma anche nell' epoca precedente. Sicchè l' opinione di coloro, i quali richiedono la pruova d'un possesso centenario, è anche in questa occasione più conforme alla verità, fatta astrazione della pretensione di determinare il numero degli anni. Riconoscesi universalmente l' ammissibilità della contropruova per mezzo di documenti: è soltanto quistione sugli elementi di questa (6). Quello che da noi fu detto sulla contropruova fatta per testimoni, vale come risposta ad una tale quistione.

§. 84.

III) Essendo regola certa, che una parte litigante può deferire all'altra il giuramento sull' obbietto della pruova, rimettendo in tal modo alla coscienza altrui la decisione della lite, è pure indubitato, che il giuramento è giuridicamente ammissibile anche nella quistione sulla esistenza d' un possesso immemorabile (7).

§. 85.

Stante le precedenti osservazioni, ciascuno è al caso di rispondere secondo le sue proprie idee alle quistioni tanto agitate: se

(1) *Coccei*, *l.* c. cap. 4. n. 3. Schmidt, *l.* §. 73.
(2) T. H. Böhmer, *T. E. P. L.* 11. T. 19. §. 19.
(3) Mascard, v. III. *Concl.* 1043. n. 3. n. ult. Contradice a questi il *cap.* 13. X. *de pr.*
(4) Schmidt, §. 69. Hofaeker §. 983.
(5) Rave §. 184.
(6) Müller, *Ad Leyser Obs.* 734. Rrefs, *l.* c. cap. 2. §. 11. Menken *l.* c. §. 6. 7.
(7) Pufendorf, T. 11. *Obs.* 55. Rave §.185. Schmidt §. 69.

la *praescript. immem.* sia di dritto naturale (1): e se possa essere vietata da una legge positiva (2).

Può certo tenersi come incontestabile, che quando il possesso immemorabile produce dritti maggiori di quelli, che provengono dal possesso, è sempre una istituzione al tutto positiva, giacchè come si potrebbero fondare novelli dritti sopra un tempo più o meno breve? Se dunque è un principio di dritto naturale, che chiunque à esercitata una servitù, deve ciò nulla ostante presentare il suo titolo, è per contrario una regola tutta speciale del dritto positivo, che l'esercizio immemorabile tenga le veci del titolo. Se nondimeno pretendesi affermare, che la *praescr. immem.* sia *juris naturalis*, ciò non può dedursi (come alcuni usano) dal concetto del tempo immemorabile, ma da quell'istesso del possesso. È ben difficile però che coloro, i quali non fondano il dritto di natura sopra sentimenti vaghi ed indeterminati, convengano nell'opinione tanto generalmente accolta, che l'eterna voce della ragione sia la base giuridica della prescrizione immemorabile. Certo la ragione può dire molte cose alla coscienza; ma per quanto riguarda le obbligazioni, da essa non può dedursi altro dritto che quello di respingere le violazioni della propria libertà. Che alcuno sol perchè à posseduto una volta, dovesse avere la disposizione esclusiva d'un tratto di terra, che ora materialmente non occupa, o che possa vietare ad un altro alcuni atti, sol perchè egli li à finora esclusivamente esercitati, sono questi altrettanti ingegnosi provvedimenti delle leggi positive. Il possesso dà uno dritto naturale di coazione solo in quanto è violata la detenzione propriamente fisica, ed in questo caso la ragione giuridica d'un tal dritto non sarà nel possesso, ma nella violata libertà della persona. Sicchè la prescrizione immemorabile sarà in questo solo caso il prodotto del dritto naturale, ma non perchè si riporta ad un tempo immemorabile, ma perchè fuvvi un possesso.

Il dritto di natura non cambia per leggi positive: la prescrizione immemorabile per contrario è in gran parte rimessa alla prudenza del legislatore.

(1) Tutte le frivolezze e le insipidezze, che furono dette a tal proposito leggonsi in Krefs, *l. c.* §. 12. Rave §. 172-176.

(2) Rave §. 190. Müller, *Ad Leyser*, *Obs.* 739.

TRATTATO TERZO

SUL RAPPORTO DELLE SINGOLE PARTI DEL DRITTO ROMANO FRA LORO.

È certo della più grande importanza determinare con principii certi il rapporto scambievole delle Istituzioni delle Pandette del Codice e delle Novelle, e quello delle singole parti di queste fra loro. Senonchè finora predominò in questa materia una generale incertezza, dalla quale provenne, che molti commentatori applicarono quando un principio, quando un altro. Per ordinario fu seguita la regola, che le leggi più recenti deroghino alle più antiche: e conseguenza si fu, che riconobbesi alle Novelle una generale forza derogatoria sulle altre parti del dritto Romano, come pure che delle Novelle dovessero essere preferite sempre le posteriori alle anteriori, ec. Hübner il primo ardì (1) combattere il principio di questa teorica, benchè infine anch'egli giunga ai medesimi risultati. È sua opinione che a nessuna parte del *corpus juris Romani* debbasi riconoscere una forza derogatoria sulle altre per semplice considerazione dell'epoca della loro origine storica, non essendo state queste ricevute in Germania successivamente e nel loro ordine cronologico primitivo, ma simultaneamente: e che per una tale ragione sia ozioso parlare di forza derogatoria. È nondimeno suo pensiero che la parte più recente debba essere preferita, non potendosi supporre, che i Tedeschi avessero voluto lasciarsi regolare da qualche cosa di contradittorio, e perchè l'ordine cronologico è la regola più naturale e più facile. Un tal metodo è indubitatamente il più agevole come l'altro di troncare il nodo invece di scioglierlo; ma anche secondo le idee di Hübner non è certo quello, del quale possa accontentarsi la ragione. Giacchè pur troppo avviene che quanto vi à di nuovo è il più delle volte il peggiore: ed Hübner istesso non seppe trarsi d'imbarazzo quando io, essendo egli ancora mio collega in Jena, gli proponeva la quistione, se mai avvisava, che si rendesse un servigio alla scienza posponendo alle sue *Correzioni e giunte alle Istituzioni di Giustiniano*, che sono certo qualche cosa di novissimo l'antico Commentario di J. Costa. Avrebbe dovuto piuttosto proporre il principio, che in caso di collisione dovesse avere forza derogatoria la legge più ragionevole, essendo già universalmente riconosciuta la regola che in *ambiguo* debbasi seguire la regola, che mena ad un risultato più probabile. Stante però la varietà del nostro modo di comprendere il dritto Romano sarebbe molto male interpetrato seguendosi una tale regola; oltrechè il nostro interesse importa che avessimo a cuore, che l'antica fede, che abbiamo in questo dritto, e che è tanto necessaria per la nostra tranquillità, non venisse almeno al tutto distrutta. Non riesce per altro difficile trovare un mezzo onde trarci di difficoltà. Adottando noi il dritto Giustiniano, ciò non fu altrimenti possibile, che in quel senso e con quel proposito, col quale originossi nella mente del suo Autore; o quand'anche alcuni pregiudizii storicamente erronei si fossero accompagnati ad una tale recezione, ciò però non fu che un fatto al tutto fenomenico, giacchè la pratica non dimostrossi mai tanto concordemente uniforme, quanto nell'opinione, che le parti del dritto Giustinianeo dovessero valere o non valere per noi secondochè fu intenzione di Giustiniano, che ciò fosse o non fosse. Sicchè sono decisivi per noi la volontà ed il proposito di Giustiniano. Stante la quale considerazione è indubitato, che debbasi prendere a criterio dell'ordinamento delle singole parti del dritto Giustinianeo il principio derogatorio delle parti più recenti sulle più antiche, sebbene una tale regola non debba essere applicata in quella estensione, nella quale la intesero molti dei nostri scrittori.

Volendo comprendere tutti i casi particolari, che sono quì possibili, è d'uopo distinguere le due seguenti principali quistioni: quale è il rapporto d'una Collezione

(1) Correzioni e giunte alle Istituzioni del dritto Romano p. 8-14.

con un'altra, per esempio del Codice colle Istituzioni: quale è quello delle parti speciali di ciascuna di queste fra loro?

Per quanto riguarda la prima quistione è indubitato:

1) che in caso di collisione le Novelle, essendo un dritto posteriore debbano essere illimitatamente preferite al Codice, alle Pandette ed alle Istituzioni.

2) Contradicendosi le Pandette ed il Codice, opinossi costantemente fin dal tempo dei Glossatori, che l'ultimo deroghi alle prime, giacchè l'epoca della publicazione del Codice considerato nel suo insieme cade nell'anno 534, e quella delle Pandette nel 533, senza tener considerazione della data dei singoli Frammenti delle Pandette e d'ogni particolare Costituzione del Codice: giacchè Giustiniano istesso dice, che tutto quanto leggesi nelle Pandette debbasi ritenere come dettato direttamente da lui (1). A questa opinione però possonsi opporre lo seguenti obbiezioni. Soltanto poche leggi del Codice sono posteriori alle Pandette (2): le altre tutte, che portano una data, o provengono dagli antecessori di Giustiniano, o emanate da lui stesso cadono negli anni 528—533; e questo pure può dirsi delle Costituzioni, nelle quali vi ha difetto di data.

Che le prime dovessero avere forza derogatoria per le Pandette, è chiaro, nè dubitossi mai dai tempi più remoti fino ai presenti (3). Ma per le rimanenti il comune principio, che il Codice deroghi alle Pandette, mena ad erronee conseguenze. Dovrebbesi per necessità ammettere, che in alcuni casi Giustiniano abbia coll'antico Codice o con una Costituzione del 530—533 formolata in legge un principio, l'avesse poi subitamente annullato con una determinazione delle Pandette, e quindi in contradizione di queste ripetendolo nel Codice lo richiamasse a novella vita. Ma l'Imperadore non à mai dato pruova d'una leggerezza di pensiero, che si assimiglierebbe quasi alla follia. Ci basti come esempio il seguente caso.

In una Legge del 531 (4), egli ordinava che l'erede potesse invero dimandare un termine a deliberare, ma a differenza di quanto usavasi per lo innanzi, ciò gli era permesso una sola volta per 9 mesi o un anno. Due anni dopo si racconta nelle Pandette; che il Pretore piegandosi a seconda dei bisogni poteva concedere più termini a deliberare (5), facendosi immediatamente seguire ad un tale racconto la giunta dommatica, che simili concessioni dovessero farsi soltanto per urgenti motivi (6). Ma bentosto vedesi novellamente ripetuta quella Costizione del 531 nel *Codex repetitae praelectionis*. È quasi inconcepibile, che l'Imperadore in 3 anni avesse cambiato ben tre volte di opinione sopra una materia tanto semplice, e particolarmente quando si consideri, che quella Costituzione gli era tanto a cuore per la novella istituzione del *beneficii inventarii*. Fu ben naturale dunque, se molti giuristi non ammisero derogazione alcuna; e si pruovarono in tutti i modi ad una interpetrazione, dalla quale venissero conciliati il Codice e le Pandette. Un tale pensiero scorgesi già in *Duarenus* (7), e *Merillius* (8), non senza essere manifesto, che considerando una tale conciliazione quasi impossibile, si crederono perciò obbligati a tenersi per i generali. Essi opinarono, che le Costituzioni del Codice non dovessero derogare alle Pandette, quante volte quelle rimontassero ad un tempo più remoto della cominciata compilazione di queste, e che le costituzioni, che apparvero dopo questo tempo, ed in ispecie le 50 Decisioni, dovessero derogare alle Pandette come posteriori. Ma anche con ciò nulla è risoluto: giacchè quelle ultime non erano ancora compiute, quando fu cominciata la compilazione delle Pandette. Questo difficile lavoro fu menato a termine successivamente, o fino alla sua pubblicazione rimase sempre obbietto della libera revisione nelle mani dei suoi Autori. Se dunque durante la compilazione delle Pandette appariva una decisione, formano quelle nondimeno in realtà un dritto posteriore, e quando non si accordano colla decisione, rimane sempre a risolvere il problema, perchè le Pandette prima della loro publicazione non furono parimenti modificate a seconda della novella decisione? Molto più conseguenti perciò furono *Gratianus* (9),

(1) Consl. *Tanta circa de confirmat.* Dig. § 21.

(2) L. *ult.* C. *de jur. propt. cal.* (2. 59.) L. *ult.* C. *de testam.* (6. 23.) L. *ult.* C. *de legit. her.* (6. 58.)

(3) Schöman, *Manuale*, v. I. p. 12. 13.

(4) L. 22. §. 13 C. *de jur. deliber.* (6. 30).

(5) L. 3. *de jur. delib.* (28. 8.)

(6) L. 4. *eod.*

(7) *Ad Tit. P. qui test. fac. poss. et ad Tit. ad L. Falcid.*

(8) *Eposit. quinquag. Dec. Proleg.*

(9) F. Gratiani *de Garzatoribus*, *De conciliatione legum Digestorum et Codicis lib. duo* (In E. Begeri *Codicis Justinianei illustrationes* p. 117-202).

Giphanius (1), e *Galvanus* (2) attenendosi illimitatamente alla opinione, che le Costituzioni del Codice, quando non sieno posteriori alla publicazione delle Pandette, dovessero considerarsi come un dritto contemporaneo con esse, donde seguirebbe la necessità di pruovare tutti i modi onde conciliarli.

Gratianus à dimostrato con una serie di esempii, che sia ciò possibile in molti casi, nei quali sovente fino a quel tempo i commentatori videro una contradizione: ma egli spinge tanto oltre il suo zelo per un sistema armonico da non ammettere nè aggiunzioni nè limitazioni provenienti dal Codice, pretendendo, che tutto quanto leggesi in questo trovisi già detto, o almeno accennato nelle Pandette. È però prudente abbastanza da non soffermarsi a quei casi pur troppo frequenti, nei quali l'uno è in manifesta contradizione colle altre, come nelle indicate disposizioni sui termini a deliberare.

Non debbonsi quindi fare le meraviglie, se non ostante la molto dotta ed ingegnosa applicazione del suo pensiero, i più dei giuristi non si dipartirono dall'antica regola della derogazione.

Io considero i seguenti principii come i soli, che possano logicamente conciliare quanto vi à di vero e di probabilo in questa dottrina colle regole generali della interpetrazione.

A) Non deesi mai presumere il cambiamento d'un principio di dritto. Quanto dunque un Rescritto o un Decreto del Codice a cagione della sua indeterminatezza può riferirsi a quei casi, per i quali sarebbe vero anche secondo il dritto delle Pandette, è necessario intenderlo in questo senso (3). In ciò convengono fin da lungo tempo anche i migliori commentatori.

B) Rare volte la novella legge può estendersi a tutti i motivi dell'antica, ed è quindi facile che riformando questa sopravvivano delle parti, che per rigorosa conseguenza avrebbero dovuto essere pure annullate, ma che l'interpetre è obbligato a rispettare sol perchè il legislatore le volle conservate. Sicchè quand'anche riuscisse pruovare (4), che una ben nota regola di Cajo nelle Pandette (5) sia una conseguenza diretta della distinzione delle cose *in res mancipi et nec mancipi*, la quale fu annullata da Giustiniano anche prima della publicazione delle Pandette, deesi nondimeno rispettare la regola di Cajo, giacchè non può dimostrarsi, che l'Imperadore l'abbia anch'egli concepita come una semplice conseguenza d'una tale distinzione: che anzi il contrario è molto più probabile essendosi accuratamente sceverato dalle Pandette tutto quanto potesse ricordare l'antica dottrina sulle *res mancipi et nec mancipi*. Per le medesime ragioni io non dubito di affermare, che anche al presente l'elezione d'una cosa indeterminatamente legata debbasi rimettere all'arbitrio dell'erede. Giacchè le Pandette esprimono una tale regola in generale senza avere in considerazione la formola del legato (6); e non è forse possibile, che la regola delle Pandette potè essere dedotta da quella non cambiata dall'istesso Giustiniano, che per i legati indeterminati il dritto della scelta spetta al gravato (7)? In tutti i casi è facile, che l'Imperadore abbia accolta in questo senso una tale regola: sicchè non deesi riferire al caso deciso dalle Pandette (8), che per un legato generico l'elezione si appartenga nel dubbio al legatario.

C) Regole ed eccezioni, principii generali e determinazioni accessorie non sono mai in una vera contradizione fra loro, ma debbonsi conciliare limitandole e compiendole vicendevolmente. Quando dunque:

a) Il Codice, come è noto che ciò avviene sovente, limita a singoli casi un principio delle Pandette, ed aggiunge alle regole particolari che vi si contengono altre specialità, il lavoro dell'interpetre deve consistere in una semplice combinazione grammaticale; ed è un ridevole rispetto, quello di pruovare in tutti i modi e con mezzi artifiosi, che il Codice non contenga nulla di nuovo, come in molti casi fu tentato da Graziano.

Giustiniano istesso dichiara che il Codice e le Pandette si debbano compiere l'un l'altro, ingiungendo alla Commissione di non inserire nelle Pandette quello che già leggevasi nel Codice, e posteriormente facendo conoscere, che se alcune volte erasi deviato da una tale norma, ciò avvenne per solo motivo di maggiore chiarezza (9).

(1) Tract. *De quaestione celebri: an Codex abroget Pandectis etc.* (*In Beg. l. c.* p. 203—207).
(2) *De usufructu* p. 393—400.
(3) Thibaut, *Interp. logica* §. 38.
(4) Pufendorf, *Obs. jur. univ.* T. 3. *Obs.* 188. §. 4. 5.
(5) L. 6. *de S. P. U.* (8. 2).
(6) L. 26. *de S. P. R.* 8. 3.
(7) L. 39. §. 6. *de leg.* I. (30.)
(8) L. 8. T. 3. §. 8.
(9) Const. *Deo auctore de concept.* Dig. §. 9. *Const. Tanta circa de confirm.* Dig. §. 14.

b) Da queste considerazioni segue pure, che non debbonsi considerare le regole speciali delle Pandette come derogate dai principii opposti, molto meno da vaghe generalità del Codice. Giacchè se è vero, che una regola posteriore non distrugga i casi speciali anteriori, tanto più debbono questi continuare, quando dopo la pubblicazione di quella veggonsi novellamente ripetuti nella legislazione. È perciò, che non ammette alcun dubbio, che non ostante l'indeterminata e generale *L. ult. C. de Commod.* (4. 23.) il commodatario à il dritto di ritenzione per le spese necessarie, giacchè in questo caso un tal dritto gli è particolarmente concesso nelle Pandette (1): come pure non deesi riguardare come annullata la regola delle Pandette sull'ammissibilità di dun contratti particolari sul pegno a danno del debitore (2), quand' anche si volessero considerare questi contratti come specie della *lex commissoria* annullata da Costantino nella *L. ult. C. de pact. pign.* e tanto più è ciò da affermarsi, quanto che dalle Pandette sono accuratamente sceverate tutte le antiche idee sull'ammissibilità dei *pacti commissorii* nel pegno.

D) Il caso d' una vera e diretta contradizione fra le Pandette ed il Codice non è certo molto frequente: giacchè dove le Costituzioni Imperiali avevano cambiato il dritto contenuto negli scritti dei Classici, nelle Pandette tutto quanto è mutato rimane ordinariamente sì indeterminato, che vi si può facilmente incarnare quello, che vi à di nuovo nelle Costituzioni come un semplice supplemento, come per esempio, nella dottrina della prescrizione: o pure i frammenti delle Pandette sono interpolati secondo il dritto delle Costituzioni, il quale caso, come è ben noto, è molto frequente. Nondimeno non può negarsi, che vi sono dei casi, in cui la contradizione è manifesta (3), e questi sono ordinariamente quelli, nei quali o la conoscenza del dritto puro delle Pandette è indispensabile per l'intelligenza d'una Costituzione, come nel precedente esempio della dottrina sui termini a deliberare, o pure che il legame logico delle idee dei classici rendeva impossibile sceverare tutto quanto non si affaceva alla pratica, come per esempio la dottrina delle Pandette sui legati si fonda in moltissimi luoghi sulle teoriche dei classici relative alle quattro formole dei legati, le quali Giustiniano aveva annullate con una Costituzione anche prima della pubblicazione delle Pandette e come tali pure le ritenne nelle Istituzioni e nel novello Codice. Anche in simiglianti casi è facile rimuovere la contradizione, preferendosi sempre il Codice; ma non deesi considerare una tale preferenza come una derogazione, giacchè con ciò s' intenderebbe, che quella che fu pubblicata come legge, verrebbe annullata con una novella legge. Un tal lavoro di conciliazione è molto semplice. È da porre mente, che nella compilazione delle Pandette fu intenzione di Giustiniano, ch'esse non formassero solamente un Codice, ma anche un compendio, che facendo tesoro di tutto quanto vi era di meglio nella scienza rendesse oziosa la massa dei più antichi scritti giuridici. Sicchè concepite le Pandette come un semplice materiale scientifico, facea d' uopo, che raccogliessero tutto quanto era necessario per l' intelligenza delle Costituzioni, e che per la maggiore chiarezza, come l' Imperadore istesso lo dichiara (4), contenessero frequenti ripetizioni. Anche a cagione d' una tale proposito potettesi senza grandi inconvenienti ritenere quello che era già annullato, quando non era facile sceverarlo, o nol permetteva il legame logico delle materie. Da ciò non poteva provenire alcun danno ai tempi di Giustiniano. Fin dall' anno 529 questi aveva pubblicate le Costituzioni da valere come un Codice per la pratica sceverandole di quanto vi era di antiquato ed elevando a leggi generali quello che nelle singole Costituzioni primitivamente riferivasi ad un caso individuale. Che questo anteriore dritto Imperiale dovesse rimaner legge, non diveniva dubbio per la semplice publicazione delle Pandette; giacchè i singoli frammenti di queste, che in qualunque siasi modo contradicono alle Costituzioni, rimontano sempre ad un tempo più rimoto; ed è perciò che anche Giustiniano nelle sue Costituzioni d' introduzione chiama antico dritto quello delle Pandette. E quando inoltre si consideri, che al tempo della publicazione di queste i giudici ed i giureconsulti erano dotti fin da più anni nell' antico Codice, che l' Imperadore publicandole dichiara, ch' egli con queste intendeva innovare qualche cosa nel Codice, che immediatamente dopo di esse apparvero come legislazione le Istituzioni, nelle quali dapertutto riconoscesi al dritto del Codice una validità pratica anche in quelle materie, nelle quali si differenzia dalle Pandette, come per esempio nella dottrina dei legati e

(1) *L.* 15. §. 2. *L.* 59. *de furt.* (47. 2.)

(2) L. *ult de contr. emt.* (18. 1.) L. 16. §. *ult. de pignor.* (20. 1.)

(3) Hüber, *Prael. ad Inst. Proem.* §. 10.

(4) Const. *Tanta circa de confirm.* Dig. §. 14.

dei fedecommessi, e che infine tutto quanto in cui l'antico Codice variava dalle teoriche dei Classici fu publicato immediatamente dopo l'introduzione delle Pandette come nuovo nel *Codex repetitae praelectionis*, si à per conseguenza, che in caso di collisione debbasi preferire il Codice alle Pandette; senonchè una tale preferenza non è derogazione, ma una determinazione di rapporto fra l'elemento pratico e quello, che secondo l'intenzione vera del Legislatore doveva servire come un semplice materiale storico. È forza in tutti i modi mettere da banda il concetto poco naturale della derogazione. Per un tal mezzo tutto si chiarisce, e si rimuovono le difficoltà, che trassero in imbarazzo Graziano ed i suoi seguaci, ed occasionarono tanti forzati artifizii.

3) Se i principii dommatici delle Istituzioni (giacchè le introduzioni storiche di queste ànno una importanza puramente storica) sono in una vera contradizione col Codice, è naturale, che come posteriore abbia forza derogatoria la Costituzione, che fu rilasciata dopo la publicazione delle Istituzioni; il quale caso qui come per le Pandette occorre molto raramente, giacchè si le Istituzioni che le Pandette ebbero forza legislativa nel medesimo giorno. Se per contrario le Istituzioni contradicessero a delle Costituzioni anteriori, riuscirebbe vano qualunque esperimento conciliativo: stantechè i principii dommatici delle Istituzioni sono l'espressione delle idee proprie di Giustiniano, e questo stesso deesi dire del Codice particolarmente per tutto quanto fu novellamente confermato dopo le Istituzioni. Ci gode l'animo di potere affermare, che finora non manifestossi alcuna simigliante contradizione, e quante volte credettesi scorgerla, fu sempre un errore dei comentatori. Per le ragioni sopra indicate non deesi essere corrivo ad ammettere una contradizione, ma fa d'uopo tenere un metodo di complemento, quando il Codice che è per se stesso molto più compiuto apporta una novella massa di aggiunzioni e limitazioni ai principii delle Istituzioni indeterminati, e da bastare soltanto al bisogno dei giovani studiosi (come per esempio nella dottrina della successione intestata e del peculio), o quando una Costituzione che è inserita nelle Istituzioni soltanto per estratto rappresenta la dottrina molto più compiutamente, giacchè in questo ultimo caso è ben naturale, che decida non l'estratto ma la Costituzione principale. Così per esempio fu un frequente errore quello di affermare per le parole *occasione patris* nel §. 1. I. *per quas personas cuique acquir.* (2. 9.) che s'intenda per *peculium profectitium* anche quello che un terzo doni al figlio mosso da amore per il padre. Giacchè la Costituzione principale (1) non lascia alcun dubbio, che quelle parole delle Istituzioni rispondono esattamente alle altre: *e re patris proficiscitur.*

4) Ove si contradicano le Istituzioni colle Pandette, il che non deesi ammettere se queste ultime possano servire a compiere estendere e limitare le prime (2), ne risulterebbe una difficoltà insuperabile, quando si volesse riconoscere una forza legislativa a tutte le loro parti. Essendo state publicate entrambe nei medesimo giorno, dovrebbesi dire con Konopak (3), che stante una tale contradizione vi abbisognerebbe una interpetrazione autentica, e che sia al tutto insignificante la regola finora comunemente seguita, che le Istituzioni dovessero essere preferite alle Pandette, quante volte sia chiaro, che con quelle intendevasi modificare queste ultime. Senonchè è indubitato, che le Istituzioni contengono una moltitudine di principii particolari, ch'essendo opinioni proprie e ponderate dell'Imperadore e che non vi s'insinuarono certo fortuitamente, come sue proprie dovrebbero avere in tutti i casi forza legislativa (4).

Per poco che il pensiero si riporti a quello che fu detto sull'ordine di preferenza del Codice e delle Pandette, sarebbe facile risolvere anche qui la quistione. Le Pandette sono propriamente un opera mista, in gran parte invero legislativa, ma sotto molti rapporti è una collezione di estratti tendenti ad uno scopo scientifico. I principii dommatici delle Istituzioni valgono per contrario senza eccezione alcuna come dritto pratico; sicchè deesi posporre sempre le Pandette, come lavoro storico, quante volte sieno in contradizione coi principii dommatici delle Istituzioni. È perciò che aveva il torto Hübner (5) di adirarsi, che il suo eccellente

(1) L. 6. C. *de bon. quae lib.* (6. 61.)

(2) Per esempio: §. 23, 3. *de rer. div.* (2. 1.) cons. colla L. era 7. § 5. *de A. R. D.* (41. I.) Kocby, *Osserv. di dritto civile*, V. I. p. 61 e segn. A. Schnaubert, *de alvei derelicti mutatione.*

(3) Istituzioni §. 10.

(4) Per esempio il titolo *de legatis* conferito con i corrispondenti titoli delle Pandette: inoltre, §. 34 I. *de rer. div.* 2. I.) conf. colla L. 23. §. 3. *de R. V.* Infine, §. 2. I. *de usufr.* (2. 4.). conf colla L. 15. §. 4. *cod.* 7. 1.)

(5) Aggiunzioni alle Istituzioni p. 9, 10.

maestro (1) riconoscesse alle Istituzioni la preferenza sulle Pandette anche per la ragione, che le ultime *mera alienorum operum fragmenta exhibent*, *quum e contrario Justinianus in Institutionibus ipse loquatur*. In questo modo si giunge ai medesimi risultati della opinione comune, la quale per altro molto impropriamente parla di derogazione delle Pandette per mezzo delle Istituzioni. Per altro tutti gli Autori furono finora di accordo nel posporre in un solo caso queste a quelle, e si è, in quelle materie nelle quali le Istituzioni essendo state tratte dalle Pandette contengono alcuni errori provenienti da troppa sollecitudine, e le Pandette espongono per contrario come certo un principio opposto afforzandolo con ragioni evidentemente giuste. Ed essendo ormai indubitata la regola ermeneutica, che il giurista debba dimenticare le parole, quando non è dubbio, che il legislatore intendeva dire ben altro di quello che le parole esprimono, così quella limitazione è vera nel suo principio, ed è a proposito l'esempio che si sceglie per chiarirla (2). Ma è arbitrario ed esagerato l'opinione di Schöman (3), che pretende che le Istituzioni debbano essere posposte quantunque volte le Pandette sembrino a lui più conseguenti o migliori (4): giacchè la volontà dichiarata e l'intenzione vera del legislatore debbono essere la sola norma del giurista, il quale è obbligato a seguire anche le leggi le più strane, finchè non possa pruovarsi, che la forma esterna del discorso non risponde al pensiero proprio del legislatore.

II. Se le singole parti d'una Collezione sieno in collisione fra loro ed in ispecie:

1) Novelle con Novelle, è indubitato che le anteriori debbano cedere alle posteriori.

È necessario però in questa materia guardarsi dall'opinione comune, che nell'edizioni di Gotofredo siasi osservato l'ordine cronologico, giacchè se a ciò fu adempiuto nei più dei casi, non può certo dirsi, che lo fosse in tutti (5).

2) Per i casi, nei quali si contradicono le differenti Costituzioni del Codice, sicchè torni impossibile una modificazione conciliatrice, fu quasi generalmente accolta fin dal tempo dei Glossatori la regola, contro la quale del resto si espresse *Giphanius* (6) molto vivamente, che le Costituzioni più recenti dovessero essere preferite alle più antiche. Ed i giuristi convennero tanto volentieri e sconsideratamente in una opinione sì commoda, che alcune volte non si ebbe riguardo di annullare anche quello, che riusciva facile a conciliare. Ci porge un esempio la tanto agitata quistione, se la *querela inofficiosae donationis* renda nulla la donazione sempre e soltanto fino alla porzione legittima, o per intero quando un tale atto si estenda a tutti i beni. Otto Costituzioni successive comprese in un medesimo titolo (7), e particolarmente relative anche al caso della donazione di tutti i beni escludono illimitatamente la rescissione compiuta. Ma perchè leggesi qualche cosa di contrario nell'ultima Costituzione di questo medesimo titolo, fu opinato dover questa derogare a tutte le Costituzioni precedenti, per quanto poco possa anche in questa occasione giustificarsi la necessità d'un metodo sì violentemente decisivo. Giacchè l'ultima Costituzione si limita alla semplice quistione: a chi si appartiene la *querela*, e quanto tempo dura? ma nulla dice dello scopo di questa, sul quale decidono le Costituzioni precedenti.

Un simigliante esempio ci porge la quistione, se i *Decreta*, *Interlocutiones* e *Prescripta* abbiano una forza legislativa universale (8). Anche in questo caso una tale leggerezza fu spinta tant'oltre, che contro le determinazioni legislative chiare e generali del Codice e senza avere alcuna considerazione dell'ordine cronologico, si vollero annullate l'eccezioni alla regola colla regola istessa. Così per esempio al divieto generale della *Lex commissoria in L. ult. C. de pact. pign.* (8. 35.) *in L.* 13. *C. de pign.* (8. 14.) tien dietro quello più particolare e molto chiaro anche quando si consideri come una eccezione, che sia valido un *pactum commissorium* conchiuso dopo il pegno. Qui la conciliazione riusciva molto facile, e pur nondimeno furonvi dei giuristi, che vollero escludere la regola colla eccezione (9). Simigliant' esempii occorrono nella materia del divieto degl' interessi, e della restituzione interamente negata contro gli ascendenti.

(1) Haubold, *Praec. jur. Rom.* §. 16.
(2) In ispecie §. 24. I. *de rer. div.* (2. 1.) con. colla L. 7. §. 7. *de acquir. rer. dom.* (41. 1.)
(3) Manuale I. v. p. 15-25.
(4) Per esempio: §. 2. I. *de usufr.* (2. 4.) con. colla L. 15. §. 4. *eod.* (7. 1.)
(5) Si conferisca, per esempio, la *Nov.* 113. con quella 125, e la *Nov.* 41 con la 50.ª Schulling. *Pro rescriptis Imper. Rom.* §. 3.
(6) *Tract. civ.* p. 203.
(7) L. 1.—8. C. *de inoffic. don.* (3. 29.)
(8) Thibaut, *Sistema delle Pandette* §. 34. not. 0.
(9) Emminghaus, *Ad Coccei jus contr.* L. 13. T. 7. *qu.* 9.

È inconcepibile, come si abbiano potuto accogliere idee tanto poco giuridiche, quandochè Giustiniano dichiari espressamente il contrario, dicendo, che non debbasi facilmente ammettere una contradizione nel Codice; che tutto possa conciliarsi; e che quando un tale lavoro di conciliazione torni impossibile per il comentatore, la difficoltà dovesse essere risoluta con una interpetrazione autentica; e che nella Costituzione — *haec quae necessario de novo Codice faciendo* §. 2. l'Imperadore ingiunge alla Commissione di evitare accuratamente tutti i *contraria* nel Codice. Nelle posteriori Patenti di pubblicazione (1) si annunzia essersi a ciò perfettamente adempiuto, dicendo, che il Codice non contenga *contraria, quae posteriore promulgatione vacuata, nulla penitus nec simili, nec diversa, nec inusitata relicta constitutione.*

È impossibile esprimersi più chiaramente, e ciò non ostante l'Imperadore nella Nov. 158 aggiunse anche qualche altra cosa per illuminare i ciechi. Fu occasione di questa Novella il caso, in cui agitavasi la quistione, se di due Costituzioni dovesse preferirsi la posteriore. L'Imperadore risponde: *neque pugnare inter se aliquis Theodosii et nostram legem dixerit, quum in eodem utraque volumine sit posita, et nos per constitutionem, quam pro eo posuimus, obfirmaverimus, nihil in eo residere contrari:* con ciò è detto, ch'entrambe le Costituzioni debbano essere conciliate. Certo la Novella non è glosata; ma per l'intelligenza delle parole, e della espressione contraria può mettersi a profitto ogni documento storico.

Dal resto io ritengo oziosa qualunque pruova tratta da questa Novella, giacchè nessun filologo vorrà intendere le precedenti Patenti dell'Imperadore altrimenti da quello che si debbono secondo la Novella.

3) Se vi fosse contradizione fra i singoli Frammenti delle Pandette dovrebbesi dire il medesimo che fu detto del Codice. Giacchè nelle istruzioni date ai Redattori più volte è detto, che non dovessesi nulla soffrire di contraddittorio nelle Pandette, nessuna discordia, nessuna *antenomia* (2). La Patente di publicazione posteriore ripetutamente dichiara, che la Commissione à attuate le istruzioni dell'Imperadore, caldamente ordinando, che non si dovesse ammettere alcuna contradizione ma che si dovessero conciliare e compiere scambievolmente le parti. Vi si lodano dure, a cielo le Pandette, perchè non contengono dottrine contrarie, e di più nel §. I. si osserva, che fu negletto tutto quanto poteva esservi di *seditiosum.* Ma più decisivo è il §. 15: *Contrarium autem aliquid in hoc Codice positum nullum sibi locum vendicabit, nec invenitur, si quis subtili animo diversitatis rationes excutiet, sed est aliquid novum inventum, vel occulte positum, quod dissonantiae querelam dissolvit, et aliam naturam inducit, discordiae fines effugientem.* Ma perchè non potesse sorgere il pensiero, che si debba avere maggiore considerazione d'un giurista, i cui scritti sieno compendiati, anzichè d'un altro, vi si aggiunge nel §. 20 l'importante osservazione, che rende impossibile qualunque tentativo di derogare ad un Frammento per mezzo d'un altro: *legislatores autem vel commentatores eos elegimus, qui digni tanto opere erant, et quos anteriores piissimi principes admittere non sunt indignati, omnibus uno dignitatis apice impertito, nec sibi cuidam aliquam praerogativam vindicante. Quum enim constitutionem vicem et has leges obtinere censuimus, quasi ex nobis promulgatas, quid amplius aut minus in quibusdam esse intelligatur, cum una dignitas, una potestas omnibus est indulda?* Infine nel §. 21 è aperta ancora una via ai dubbiosi dicendosi, che in caso di apparente contradizione si dovesse far capo dall'Imperadore.

E pure nè i nostri pratici nè i teoretici si acquetarono alle dichiarazioni autentiche sopra citate. Giacchè qual governo di Germania si da pensiero, o quanti membri del ministero di giustizia sono al caso di giudicare convenientemente le parti difficili del dritto Romano? S'intende facilmente, che gli autori che scrivono per l'intera nazione Germanica, ed i professori accademici, la cui parola è volta ordinariamente anche a degli stranieri, non poterono trarre profitto dalla interpetrazione fattane dal loro patrio governo. Sicchè fin da molto tempo cercossi evitare per differente modo alle molte ed inconcestabili antinomie delle Pandette. I nostri avvocati usano citare il Frammento, che risponde al loro proposito, tacendosi di quello che vi contradice. I più dei teoretici per contrario si avvisarono di conciliare la difficoltà preferendo l'opinione che sembrava loro più conforme alla ragione o all'analogia del dritto. Con questo principio al-

(1) Const. *Haec quae necessario de novo Codice fac.* §. 2. Const. *Summa reipubl. de Justin. eod. confirm.* §. 1.

(2) Const. *Deo auctore de conc. Dig.* §. 49.

cuni, sembra appena credibile, andarono nell' opinione, che si dovessero preferire i frammenti tratti dai *responsis* a quelli presi dai *commentariis*, persuasi dal pensiero, che in un lavoro di quest' ultima ragione lungamente protratto il genio facilmente si addormenta; nei *responsis* per contrario la forza pensante rediviva sempre non si stanca sì di leggieri: o per contrario, che si dovessero posporre i Frammenti estratti dai *responsis* a quelli tratti dai *commentariis*, giacchè un commentario è il prodotto d'una forte attività scientifica, in un parere per contrario è frequente il caso, che si dissimuli la verità per una semplice compiacenza verso colui, che lo richiede (1). Quest' ultimo è pur troppo vero, ed occorrono degli esempii anche nei *responsis* delle facoltà Tedesche, come pure non può mettersi in dubbio il facile sonno di molti commentatori. Ma si supponga, che l' Autore delle Pandette ascolti un simigliante ragionamento, ne seguirebbe una molto amara lezione. Giacchè se non è lecito ammettere alcun *contrarium*, ed il tutto deesi considerare come il prodotto del pensiero proprio dell' Imperadore, s' incorre in una manifesta illegalità; quantunque volte il commentatore interpetra un frammento come un *contrarium* irragionevole astrattamente dall' insieme della collezione. Per questa medesima ragione è parimente erronea l' opinione, che sovente fu affermata anche in un tempo a noi più vicino (2) che si debba preferire il Frammento tratto dagli scritti del giurista meno antico; contro la quale opinione potrebbesi opporre, che non sempre un principio è più nuovo sol perchè leggesi in uno scritto più recente (3). Schöman à in vero opinato, che le parole *sed est aliquid novum inventum* nel §. 15. della citata Patente di pubblicazione, come pure che la dichiarazione, che nelle Pandette non occorra nulla di contradittorio accenna ad un ordine cronologico. Ma avvicinando l' una all' altra tutte le citate dichiarazioni dell' Imperadore, ed in particolare le parole: *occulte positum*, e le altre, *aliam naturam inducit*, *discordiae fines effugientem*, ne risulteranno manifestamente le regole seguenti: « affaticatavi a tutto conciliare, e questo vi riuscirà facile accuratamente prendendo in considerazione le singole parti; quando a ciò avrete adempiuto, vi accorgerete, che la contradizione è soltanto apparente, che un principio è un'aggiunzione, modificazione e complemento dell' altro, e che infine tutto può essere conciliato. » È interesse della scienza, che i nostri giuristi rispettino un tal rigore. Quanti frammenti non furono reputati contraditorii e vuoti di senso, e vennero poi successivamente trovati armonici e ragionevoli? E chi potrebbesi fare ardito di non ammettere, che nulla debbasi considerare come ozioso di tutto quanto i nostri contemporanei dichiararono per incomprensibile? Non vi date per stanchi. La scienza si avvantaggerà molto più con un tal metodo anzichè dalla leggerezza di preferire i giuristi più recenti.

In un solo caso, e modo può seguirsi per le Pandette un certo ordine cronologico dei Frammenti. È ben noto, che particolarmente nelle Pandette per maggiore chiarezza ed intelligenza si riportano sovente o si rigettano le opinioni degli altri giuristi. È qui manifesto che l' opinione riportata o rigettata à una importanza puramente storica, ed in questa qualità non può avere alcuna forza legislativa, giacchè non s' intese publicarla come legge: l' istessa considerazione meritano pure le opinioni, che sebbene inserite nelle decisioni del Codice, ne sono nel medesimo tempo disapprovate. Con una tale osservazione si è sovente tentato (4), sebbene non sempre riuscito, rimuovere alcune contradizioni (5).

4) Nelle Istituzioni è naturale, che le Introduzioni storiche cedino ai principii dommatici, stantechè soltanto a questi è riconosciuta una forza giuridica, e l' Imperadore istesso l' à dichiarato (6). In un caso possibile di contradizione fra queste parti dommatiche non gioverebbe alcun metodo conciliativo, giacchè furono tutte validamente pubblicate in un medesimo modo. Ma una tale possibilità non ci accora; giacchè finora nessuna vera contradizione fu trovata nelle Istituzioni, sebbene di più luoghi potesse provarsi, che avrebbero potuto essere più saggiamente e conseguentemente espressi.

(1) Boerins, *Dec.* n. 115. Noodt. *Probab.* L. 2. c. 2.
(2) Eckhard, *Herm. jur.* §. 43. Sammet. *Ermen.* p. 45. 46. Glück. *Manuale di dritto civile* v. I. §. 67.
(3) Konopak, *Inst.* §. 60. not. 6. Kraufman, *Dritto priv. Rom.* Sez. 1. §. II.
(4) Voet, *Comm. L.* 28. l. 6. §. 22, Rapolla, *De jureconsulto* p. 103—111. Savigny, *Possesso*, I. Ediz. p. 314. 345. not. 2. II. Ediz. p. 360. not. I.
(5) Così opino di Glück. v. 15. §. 967. sulla L. 63. *pr. pro socio* (17. 2.) L. 16. *de re judic.* (42 1.), giacchè quest' ultimo brano è tutto dommatico.
(6) Const. Imperator. *majest. de confirm. Inst.* §. 5.

TRATTATO QUARTO

QUISTIONE SPECIALE SULL' *ACTIO NEGOTIORUM GESTORUM, ET MANDATI.*

Nella terza edizione del mio *Sistema delle Pandette* (§. 969) mi trovo d'avere osservato, che la gestione degli affari non si cambia per ratiabizione, o per un mandato nullo, nè perchè un terzo abbia impegnato il gestore a provvedere agli affari di colui, a favore del quale è esercitata la gestione; sebbene posteriormente il gestore potesse essere considerato come mandatario di questo. A sostegno del mentovato principio sono riportate nella nota d. le seguenti citazioni. L. 3. §. *ult.* L. 4. L. 21. §. *ult.* L. 28. L. 46. §. 1. *de negot. gest.* (3. 5.) L. 14. C. *eod.* (2. 19.).

Quei principii o almeno la prima parte di essi furono contradetti non sono molti anni in una dissertazione inaugurale (1) da uno dei miei più distinti uditori, della cui pruovata amicizia andrò sempre superbo. La sua franca critica merita una franca risposta.

Il caso, di cui è quistione, è il seguente. B. prende a trattare gli affari di A. come *negotiorum gestor*, ma posteriormente affida con un mandato l'esecuzione di essi a C. Qui è indubitato, che C. è mandatario di B, e che fra essi ammettesi l'azione ordinaria *mandati*. A questo rapporto accenna il testo citato nel mio *Sistema delle Pandette*; ed a questo debbonsi pure riferire le citazioni della *not. d.* (L. 21. §. *ult.* L. 28. *de negot. gest.* (3. 5.): sicchè non mi si può obbiettare, che questi due Frammenti nulla pruovino pel secondo rapporto fra A. e C. del quale presentemente intendo trattare. Relativamente a questo rapporto sono possibili due quistioni:

1) Quali azioni competono ad A. contro C.? La risposta è semplice: A è in rapporto di C. *dominus negotiorum*: e perchè questi non ricevette dal primo alcun mandato, e quello di B. è per A. una *res inter alios acta*, compete ad A. contro C. l'*actio negotiorum gestorum directa*. Sembra che nei primi tempi, alcuni giureconsulti classici Romani avessero opinato, che una tale azione convenisse ad A. contro C. solo quando questi abbia conosciuto a chi si appartenessero gli affari, ch' egli amministrava: ma posteriormente una tale azione fu ammessa in un modo assoluto (2).

1) Ma per contrario potrà C. esercitare contro A. l'*actio negotiorum gestorum contraria?* Di ciò dubitossi sulle prime; ma posteriormente ogni dubbio cessò. Il glossatore Giovanni ammetteva una simigliante azione di C. contro A. colla limitazione però, che quegli avesse dovuto conoscere, che gli affari amministrati interessavano A. Ma perchè il dritto moderno con molta più equità à ritenuto, che l'errore del *gestoris* sulla persona del *domini negotiorum gestorum* non annulla il suo dritto di reclamare, quante volte erroneamente non avesse amministrato per se stesso (3), perciò Accursio con ragione rigettò una tale limitazione (4), ed in questa opinione convennero Cujacio (5), e per quanto mi sappia, tutti gli altri dotti giuristi (6). Questa teorica anche da me seguita si sostiene sopra i principii generali del dritto, giacchè avendo C. amministrato gli affari di A. senza un mandato di questo, per la regola *res inter alios acta* etc. Il mandato di B. non obbliga C. Sono pure decisive per la medesima opinione le leggi seguenti:

L. 3. §. *ult. de negot. gest.* (3. 5.) Ulpiano, lib. 10. *ad Edictum*:

« Apud Marcellum quaeritur, si cum pro « posuissem negotia Titii genere, tu mihi

(1) F. G. Heinecken, *De negotiatione quam vocant speditoriam* p. 34.—37.

(2) L. 6. §. 2. 4. L. *ult. de negot. gest.* (3. 5.) L. 14. C. *eod.* (2. 19.) conf. coi cit. Frammenti delle Pandette.

(3) L. 6. §. 9. 10. *eod.*

(4) L. 3. §. *ult. eod.*

(5) *Quaestiones Papiniani*, lib. 9. *ad L. qui fide mandati* (opp. T. 4. p. 207. 208.)

(6) Lauterbach, *Coll.* L. 3. T. 5. §. 10. Glück, *Comm. delle Pandette*, v. 3. §. 419. Günther, *Princip. jur. Rom.* T. 2. §. 1103.

« mandaveris ut geram : an utraque actione « uti possim? Et ego puto, utramque locum « habere quemadmodum ipse Marcellus scri- « bit, si fidejussorem accepero negotia ge- « sturus, nam et hic dicit, adversus utrum- « que esse actionem ».

L. 4. *ibid Idem lib.* 43. *ad Sabinum*:

« Sed videamus an fidejussor hic habere « aliquam actionem possit? Et verum est, « negotiorum gestorum eum agere posse, « nisi donandi animo fidejussit. »

L. 14. *C. eod.* (2. 19.) *Imp. Alexander A. Mutiano Rufo*:

« Si mandatum solius mariti secutus, « tam ipsius, quam uxoris ejus negotia « gessisti, tam tibi quam mulieri invicem « negotiorum gestorum competit actio. Ipsi « sane, qui mandavit, adversus te man- « dati actio est; sed et tibi adversus eum « contraria si quid forte supererogasti ».

Particolarmente l'ultima legge è tanto chiara per quanto è possibile esserlo: essa suppone un valido mandato di B. a C. e pure questi avrebbe l'*actio negotiorum gestorum* contro A.

Le principali obbiezioni fattemi sono in sostanza le seguenti: è nella natura della *negotiorum gestio*, che il gestore operi liberamente: ma nel nostro caso essendo C. a causa dell'assentito mandato obbligato ad operare per A. il suo fatto non sarebbe più libero. Contradice pure colla mia opinione il seguente Frammento:

L. 53. *mandati* (17. 1.) Papiniano, lib. 9 *quaestionum*:

« Qui fide alterius pro allo fidejussit prae- « sento, et non recusante, utrosque obli- « gatos habet jure mandati. Quod si pro « invito, vel ignorante alterius mandatum « secutus fidejussit, cum solum convenire « potest, qui mandavit, non etiam reum « promittendi. Nec me movet, quod pecu- « nia fidejussoris reus liberetur, id enim « contingit, etsi meo mandato pro alio sol- « vas. »

Io non posso ammettere come valida la prima obbiezione, giacchè le leggi si limitano a dire che colui che fosse tenuto a fare delle spese gratuite, come per esempio un padre obbligato agli alimenti, non potrebbe reclamarne la restituzione. I tutori ed i curatori sono obbligati *negotiorum gestores*, ed in questa qualità ànno un'azione d'indennità contro i minori, qualunque sia il nome particolare, che prendesse una tale azione. Ma nel nostro caso non può affermarsi, che C. avesse operato forzosamente; giacchè l'accettazione del mandato fu un fatto libero, o tutto quanto ne conseguita, conserva sempre il medesimo carattere, potendovi pure a suo talento rinunziare. La L. 53. *cit.* perde ogni forza, quando si consideri, che nel dubbio tutti i frammenti debbono essere intesi secondo la rubrica del titolo, nei quali li troviamo allogati: conseguentemente dovrà dirsi con Cujacio che la L. 53. *cit.* essendo compresa sotto il titolo del mandato, deesi intendere del solo mandato, se Papiniano nega nel nostro caso a C. il dritto di reclamare contro A. E quand'anche non vogliasi ammettere una tanto naturale spiegazione, potrebbesi infine dire: che nelle Pandette vi à contradizione sulla quistione, se C. abbia nell'indicato caso l'*actio negotiorum gestorum* contro A: ma siccome il Codice chiaramente decide l'ammissibilità d'una tale azione, è forza per i pratici attenersi ad una tale decisione.

TRATTATO QUINTO

SUL RAPPORTO FRA LE DISPOSIZIONI PARTICOLARI D'UN ANTICO PRINCIPIO CON UNA NOVELLA REGOLA.

Fin da lungo tempo fu seguito il principio, che nel dubbio una novella regola non deroghi agli *specialia* o *singularia* del dritto anteriore (1): ma da tempi remoti abusossi pure d'un tal principio d'un modo da non credersi. È perciò, che Gönner (2) lo à sottoposto ad un novello esame, e sotto alcuni rapporti molto giuste sono le sue osservazioni. Ma egli mette a chiaro soltanto una parte degli abusi, e non indicando quello che vi à di vero nel principio, lo lascia al tutto indeterminato, e poi nell'applicazione di esso alle dottrine particolari alle quali non era veramente applicabile, inconsideratamente lo dimentica, ritenendo che colla novella regola si deroghi all'antico dritto si nella sua generalità che nelle eccezioni (3). L'autorità d'un tale scrittore può essere tanto più pericolosa, che il metodo violento ed impetuoso seguito nella sfera politica comunica di giorno in giorno la medesima tendenza anche ai nostri giuristi di dritto civile. Può dunque tornar utile occuparci in questo trattato d'una tale quistione.

L'espressione principale di questo principio si è, che quanto un'antica regola è annullata da un'altra più recente e contraria, ed il legislatore aveva limitata la prima con delle eccezioni, non debbonsi considerare queste *singularia*, o meglio specialità dell'antico dritto come annullate per la semplice esistenza della novella regola, ma ciò avviene solo quando il legislatore istesso espressamente lo dichiara. In questo senso un tal principio può essere giustificato e con ragioni generali e con leggi positive e particolari. Le prime si fondano sulla seguente molto semplice osservazione: quando un legislatore pone delle limitazioni ad una regola, è forza, che simiglianti eccezioni abbiano ben altre ragioni della regola istessa, ed è quindi possibile, che si cambi di opinione rispettivamente ad una persistendo nelle altre. Se dunque cessano per il legislatore le ragioni dell'antica regola, da ciò non segue, che si debbano parimenti cambiare le sue idee primitive sulle antiche eccezioni. Si ponga il seguente esempio: che l'antica legislazione punisca col taglione l'omicidio, ma colla morte la più straziante il parricidio; che in seguito le idee del legislatore diventino più miti, e ne segua la legge che in generale ogni omicidio debba punirsi colla carcere a vita. Nulla ostante la novella regola rimane l'eccezione per il parricidio, quando questa non fu espressamente annullata. Giacchè sebbene si concepiscano idee più miti sull'omicidio in generale, è però possibile, che si consideri il parricidio al pari di prima come qualche cosa di mostruoso, e che si senta tuttavia per esso l'antico orrore. Il cambiamento dell'idea generale non importa dunque in alcun modo quello della speciale, e nel dubbio deesi ciò tanto meno ammettere, inquantochè tutte le determinazioni *penali* debbono esser interpetrate rigorosamente.

Questa nostra opinione è pure afforzata da leggi positive; nondimeno non possonsi ritenere como decisive quello che furono citate finora a questo obbietto. Ed osserviamo in prima che non si affà al nostro proposito una diffusa costituzione del Codice (4), la quale si limita a dichiarare, che nuovi privilegi non escludono gli antichi, ed in essa non è parola di contradizione fosse pure apparente fra l'antico ed il nuovo dritto, di un legame fra la regola e le eccezioni, ma vi è soltanto detto indeterminatamente, che si può essere privilegiato per diversi titoli. Molto meno si avviene alla nostra trattazione la decre-

(1) I. F. Ludovici, *An species derogat generi*. F. I. Seidlitz, *de vi legum priorum in posterioribus* cap. 1. §. 2.

(2) *Trattati di dritto civile* v. I. Trat. 7. v. II. Trat. 35.

(3) *Trat. di proced.* v. II. §. II. v. IV. §. 2. e segu.

(4) *L.* 3. *C. de silentar et decur.* (12. 16.).

tale riportata nella nota (1): giacchè questa tratta d'un dritto speciale acquistato all'insaputa del legislatore, e non può trarsene alcuna regola per il caso, in cui il legislatore abbia statuite egli stesso le eccezioni, facendo poi succedere a queste una novella legge.

In pari modo la nostra opinione non consuona con quella dei più degli autori, i quali a sostegno del riportato principio pretesero giovarsi delle L. 26. 27. 28. *de legibus* (1. 3:) dove è detto:

Non est novum, ut priores leges ad posteriores trahantur. Ideo, quia anteriores leges ad posteriores trahi usitatum est et semper quasi hoc legibus inesse credi oportet, ut ad eas quoque personas, et ad eas res pertinerent, quae quandoque similes erunt. Sed et posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariae sint; idque multis argomentis probatur.

Considerando che la parola *trahi* anche in altre e simiglianti occasioni è sempre intesa nel significato di riferirsi o estendersi (2), e facendo attenzione alle parole *legibus inesse*, è indubitato, che quei Frammenti si limitano soltanto ad esprimere il principio, che debbasi applicare un'antica regola di dritto a tutto quanto è compreso in essa come una novella *species* (3).

Sono decisive per contrario per la nostra quistione le seguenti parole di Papiniano nella L. 80. *de R. I.* (50. 17.).

In toto jure generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est.

Questa regola è pronunziata in un modo assoluto sotto una rubrica generale, ed estendesi non solamente a que'casi nei quali le eccezioni sono posteriori o contemporanee alla regola, ma a quello pure, in cui sieno anteriori. Può anche trarsi profitto per la nostra quistione dalla L. 41 *de poenis* (43. 29.), nella quale il medesimo giurista dice:

Sanctio legum, quae novissime certam poenam irrogat iis, qui praeceptis legum non obtemperaverint, ad eas species pertinere non videtur, quibus ipsa lege poena specialiter addita est; nec ambigitur, in cetero omni jure speciem generi derogare; nec sane verisimile est, delictum unum eadem lege variis aestimationibus coerceri.

È certo molto giusta l'osservazione recentemente fatta (4), che un tale frammento si rapporta al solo caso, che in una medesima legge si contengano la regola generale e le eccezioni. Ma considerato come *argumentum legis* può essere usato a sostegno del nostro principio. Giacchè il giurista si lascia determinare da due ragioni decisive, delle quali soltanto l'ultima si riferisce al caso, in cui l'una e le altre sieno contemporanee, ma la prima è generale, e si è, che il *genus* sia sempre limitato dalla *species*. Anche il metodo tenuto dai classici in simiglianti casi pruova, ch'essi non opinarono mai, che una novella regola importasse per se stessa derogazione degli antichi *singularia*. Così per esempio, le forme del testamento variarono moltissimo sotto gl'imperadori, e pure non cadde in pensiero ad alcun classico giureconsulto estendere le novelle regole al testamento dei militari.

Finora io mi sono intrattenuto per i generali, ma non credo utile arrestarmici, giacchè in questa occasione abusossi sovente di quello che vi à di vero nel nostro principio, ed un tale abuso fu causa, che so ne rigettasse la verità, stantechè ordinariamente un estremo mette capo in un altro. Io spero che i seguenti principii gioveranno a sceverare il vero dal falso.

1) Nel dubbio una legge dee essere applicata soltanto a quelli a cui è diretta. Se dunque essa modifica una sola parte dell'antica dottrina, è forza conservare l'antico dritto per tutto il resto. Questo vale sì per gl'ordinamenti legislativi generali, che per i particolari, e sotto un tale rapporto una tale regola non è in connessione con quella, che forma l'obbietto della presente trattazione, sebbene alcuni la vollero confusa. La novella 118 ce ne porge un esempio: regola questa l'ordine successorio dei parenti, ma non decide le quistioni, chi sia o no parente, e come un consanguineo possa perdere a causa d'indegnità la capacità a succedere. È falsa dun-

(1) *Cap. 1. de const. in 6.* (1. 2.) *Licet Romanus Pontifex, qui jura omnia in scrinio pectoris sui censetur habere, constitutionem condendo posteriorem, priorem, quamvis de ipsa mentionem non faciat, revocare noscatur: quia tamen locorum specialium et personarum singularium consuetudines et statuta, quum sint facti et in facto consistant, potest probabiliter ignorare: ipsis, dum tamen sint rationabilia, per constitutionem noviter a se editam, nisi expresse caveatur in ipsa, non intelligitur in aliquo derogare.*

(2) *L. 1. de const. princ.* (1. 4.) *L. 3. §. 3. de donat. int. V. et. U.* (24. 1.) *L. 30. §. 2. de fideic. libert.* (40. 5.).

(3) Seydlitz, l. c. cap. 2.

(4) Seydlitz, l. c. cap. 1. §. 2.

que l'opinione di coloro (1), i quali affermano, che una tale Novella deroghi al principio dell'antico dritto, che non debbasi considerare come consanguineo un figlio nato dopo la morte del testatore (2), come pure quella di Höpfner (3), che cessi colla Nov. 118. l'esclusione minacciata ai fratelli indegni colla Nov. 22. c. 47. *pr.*

II) Quando una novella regola è pubblicata, e l'antico dritto non presenta un principio contrario con delle eccezioni, ma una moltitudine di coordinate specialità, le quali essendo tutte in contradizione col novello dritto, non potrebbesi questo applicare, senza che quelle fossero annullate, è forza che queste specialità cedino alla regola posteriore. Giacchè ove se ne conservi in simiglianti casi un elemento *speciale*, tutti gli altri *specialia* potrebbero pretendere di essere egualmente conservati, e con ciò la novella regola diverrebbe una vanità, una incongruenza, che non può certo cadere in mente del legislatore. La Novella 118 ce ne porge un esempio eccellente e molto importante. Nel principio di essa l'Imperadore espressamente dichiara che intende estenderla a tutta la dottrina della successione dei consanguinei *prioribus legibus pro hac causa positis vacantibus, de ceteris ea sola servari*, *quae nunc constituimus.* Nondimeno è ben noto, che i compilatori sovente incarnarono in questa Novella molte cose, che come *singularia* si riferiscono all'antico sistema successorio, perchè opinarono che essendo una semplice novella regola non derogasse agli *specialia* dell'antico dritto, come per esempio la preferenza della madre naturale sul padre adottivo, e di quest'ultimo sul naturale, il *praecipuum fratrum uterinorum* relativamente ai beni materni, l'esclusione parziale del figlio adottivo dall'eredità del suo padre naturale ecc. Sovente però e con ragione protestossi contro una tale opinione, giacchè quand'anche l'antico dritto civile avesse una regola generale, questa anche prima della Novella 118 era sepellita sotto un immenso cumulo di leggi speciali, ed i cognati erano sì di frequente pareggiati agli agnati, ed anche preferiti, che non riuscirva più possibile distinguere la regola dalle eccezioni, ma formano un aggregato di svariate particolarità, che cedono tutte alla Novella 118. Se si volesse conservare, per essere conseguente, tutto quanto era una conseguenza diretta del principio primitivo delle XII Tavole, la confusione sarebbe immensa, e nulla rimarrebbe della Novella 118. Che l'Imperadore non abbia inteso ciò fare non vi è uomo ragionevole, che no possa dubitare.

III) Una regola destinata per l'applicazione pratica, comprende implicitamente tutti quei particolari, ai quali il predicato di essa si avviene. Questo insegnano da antichissimo tempo tutti i logici, ed è pure legislativamente statuito, giacchè Cajo nella L. 147. *de R.* I. (50. 17.) dice: *semper specialia generalibus insunt* (4). Succedendo adunque una novella regola opposta s'intendono necessariamente derogati per questa ragione tutti i principii particolari ch'erano semplici conseguenze dell'antico dritto, giacchè conservando l'una e gli altri, ne risulterebbe la più grande incongruenza.

Nondimeno i nostri comentatori incorsero in questa materia nei più manifesti errori, confondendo le eccezioni che limitano un principio colle sue conseguenze, o coordinando queste colla novella regola; donde si ebbero risultati, che secondo la disposizione propria dell'animo di ciacuno inducono a riso o a sconforto. Molti di simiglianti errori furono già indicati da Gönner (5). Ma il più tristo ci si porge nella dottrina dell'adozione. Prima dei novelli ordinamenti di Giustiniano, colla *L.* 10. *C. de adopt.* (§. 48) l'adottante acquistava sempre coll'adozione la patria potestà con tutte le sue conseguenze, sicchè aveva il dritto di farsi ubbidire dall'adottato, acquistava per mezzo di questo, era incapace a contrarre con lui rapporti giuridici ecc. Ma la L. 10. *C. cit.* pone la novella regola, che coll'adozione di uno non discendente non generavasi più per l'adottante la patria potestà. E pure non mancarono giuristi, che vollero conservare a favore di questo tutte le particolari conseguenze della patria potestà, quali trovansi indicate nei classici, per la sola ragione che su queste specialità nulla trovasi statuito nella L. 10. C. cit. (6). Simiglianti esempii occorrono in molti comentatori quasi per ogni dottrina (7).

(1) Voel, *Comm.* L. 38. I. 17. §. 6.

(2) §. 8. I. *de her. quae ab intest.* (3. 1.) L. 30. §. 1. *de acquir. her.* (29. 2.) L. 6. 7. *de suis* (38. 16.).

(3) *Comm.* §. 477.

(4) È questo il senso manifesto di queste parole, Gönner però (*tratt. giur.* v. I. *tratt.* 7. §. 5.) opina che si riferiscano a quello, di cui è parola nella L. 80. *eod.* e che vi sia contradizione nelle leggi.

(5) *Eod* v. I. tratt. 7. v. II. tratt. 35.

(6) Si veggano gli scritti citati nel mio *Sistema delle Pandette* §. 491 not. o.

(7) Eod. §. 631, not. u. §. 664, not. u.

Nondimeno anche quando si siano accuratamente distinte le specialità, che formano le eccezioni d'una regola da quelle che ne sono semplici conseguenze, non devesi avere in oblio la seguente particolare osservazione. Quella che il legislatore proponeva come regola nell'antico dritto potette essere pure ripetuta particolarmente per un singolo caso e per ragioni speciali. Derogandosi alla prima, non segue necessariamente, che lo sia anche l'altra, quando è possibile o probabile, che questa si fondasse su motivi proprii, che perdurino anche dopo che siasi cambiata l'opinione del legislatore sulla prima. Un esempio molto opportuno ci vien porto dalla tanto agitata quistione, se in un testamento privilegiato gli ascendenti dovessero scrivere di propria mano il nome dei figli. Nella L. 29. C. *de testam.* (6. 23.) Giustiniano aveva generalmente ordinato, che il testatore avesse a scrivere il nome dell'erede di proprio pugno: nella Novella 107. c. 1. una tale regola fu estesa anche al testamento privilegiato fatto dagli ascendenti a favore dei discendenti: ma colla Novella 119. c. 9. fu novellamente derogata la L. 29. C. cit. Ciò però non importa secondo l'opinione più vera, che debbasi considerare come annullato anche il secondo ordinamento. Giacchè per i testamenti ordinarii si à piena fede nel gran numero dei testimoni, e può quindi sembrare ozioso lo scrivere di propria mano il nome dell'erede: il medesimo però non può dirsi per il testamento privilegiato, tutta la cui autenticità è assicurata dai soli tratti di scrittura del testatore.

IV) Una novella legge può essere la ripetizione d'una regola dell'antico dritto, come molto frequentemente occorre nel dritto Canonico e nelle leggi Tedesche, le quali alcune volte ripetono i principii Romani. In questi casi, siccome non si ammettono nel dubbio le correzioni, non può conchiudersi dalla ripetizione dell'antica regola, che il legislatore abbia avuto il proposito di annullare con ciò le specialità dell'antico dritto.

V) Il vero caso, in cui il nostro principio trova la sua applicazione si è quello, nel quale l'antico dritto presenta una regola con delle eccezioni, e poi succede una novella legge, che sia positivamente sia negativamente dichiari appunto il contrario. In questa occasione, come è detto, s'intende nel dubbio annullata la sola regola principale, e non le specialità, ch'erano coordinate con questa. A chiarire una tale idea crediamo utile il seguente e molto importante esempio, che ci si porge nella dottrina del dritto di privilegio dei pegni pubblici. È ben noto, che prima di Leone era regola fondamentale, che un dritto anteriore sul pegno dovesse essere preferito al posteriore: questa però pati delle modificazioni, e non aveva importanza pratica particolarmente quando i creditori privilegiati erano in collisione con quelli che non lo erano. Ma Leone ordinò generalmente nella L. 11. C. *qui pot. in pign.* (8. 18.), che il creditore pignoratizio pubblico dovesse avere la preferenza sui privati, *etiamsi posterior is contineatur.* Qui può ventilarsi la tanto agitata quistione (1) sull'influenza di questa costituzione sul rapporto d'ogni specie di crediti. Ordinariamente parlasi della distinzione in crediti pubblici e privati nel caso, che siavi collisione fra i crediti semplici, e con ciò è detto, che i creditori pignoratizii privilegiati non debbano essere posposti nulla ostante la loro posizione privata, sebbene dall'altra parte molti giuristi dieno la preferenza al *publicus simplex* su tutti i *privatis privilegiatis.* Noi possiamo passare in silenzio la quistione accessoria, se la distinzione in *pignora publica* e *privata* si riferisca ai soli contratti di pegno scritti e convenzionali, giacchè non influisce direttamente sopra quella che abbiamo ora a trattare ossia sino a qual punto l'ordinamento di Leone deroghi anche alle specialità dell'antico dritto.

Relativamente a questa quistione considero come veri i seguenti principii:

1) Quando i creditori d'un debitore comune dettero in pegno i loro crediti, per esempio, se durante il concorso sulla massa contrassero debiti ipotecarii, non può opporsi ai novelli *creditoribus creditorum* dagli altri creditori del debitore comune, quando quelli abbiano *pignora publica*, ch'essi abbiano un semplice *pignus privatum.* Giacchè se è obbligo del debitore pagare, anche quando il debito sia puramente personale, e se il creditore del comune debitore è nella favorevole condizione di essere preferito nel concorso sulla massa, una tale preferenza è un vantaggio del *creditoris creditorum.* Per chiunque è debitore, è forza pagare, senzachè possa sottrarsi ad un tale obbligo per la semplice ragione d'avere acquistato i suoi beni d'un modo particolarmente privilegiato.

2) L'ordinamento di Leone pospone in generale il *privatus* anteriore al *publico* posteriore: ma non cambia niente altro: sicchè deroga alla sola regola precedente, che

(1) Eod. §. 659.

il creditore anteriore sia preferito al posteriore, ma non si estende ai casi d' un privilegio singolare. Da ciò risultano i seguenti principii:

A) Se dunque prima di Leone era decisiva soltanto l' epoca, ora è pure decisiva la qualità *publica* in contradizione della *privata*. Prima di Leone la classificazione era regolata secondo l'ordine cronologico non solamente nella collisione di crediti semplici, ma anche di quelli egualmente privilegiati, come per esempio, per spese di rifazione d' un edificio, per la conservazione d'una cosa, per acquisto d' un immobile. Ma se concorrano crediti privilegiati fra i quali stante l' eguaglianza del privilegio avrebbe deciso il tempo, ora è pure determinante la qualità *publica* del pegno sulla *privata*.

B) Ma un tale ordinamento non si estendeva a quei crediti, che si fondano su ragioni particolari, quand' anche il creditore da preferirsi sia un *privatus*, e quello da posporsi un *publicus*. Sicchè:

a) un *pignoratitius simplex publicus* non è mai preferito ad un *privilegiato privato*.

b) Come pure un credito *absolute privilegiatus* (cioè tale, che senza alcun riguardo del tempo è privilegiato su tutti gli altri *privilegiatis*) non è mai posposto ad un *simpliciter privilegiato*, anche quando sia quello puramente *privotus*, e questo *publicus*.

c) Quando pure volesse ammettersi, che i *pignora testamentaria*, se risultano da un testamento giudiziario, o privato ma solenne, per una più larga interpetrazione dell' ordinamento di Leone dovessero considerarsi come *publica* o *quasi publica*, è necessario però posporli a tutti quelli privati, che il testatore abbia costituito durante la sua vita. Giacchè un tal pegno è un semplice legato, ed un legatario deve essere soddisfatto dopo tutti i creditori, sebbene sieno questi personali. Un tal modo di giudicare si fonda su ragioni particolari, alle quali non si estende la determinazione di Leone.

VI) Ma il nostro principio, che una novella regola per se stessa non deroghi alle specialità dell'antico dritto, è naturalmente applicabile nei soli casi dubbii, ma non in quelli nei quali il legislatore abbia espressamente dichiarato il contrario; sia pure in termini generali. Il medesimo principio è applicabile, anche quando la novella regola ordini assolutamente, come per esempio, che debba far legge in tutti i casi; giacchè se è vero che una regola indeterminata non annulli le specialità dell' antico dritto, essa non acquisterà una forza o estensione maggiore sol perchè è espressa indeterminatamente (1). A sostegno d' un tale pensiero giovano le seguenti pruove speciali. Nella L. *ult. C. de pact. pign.* (8. 35.) è detto illimitatamente della *Lex commissoria: placet infirmari eam, et omnem ejus memoriam aboleri.* E pure nel medesimo Codice è permessa in un caso (2), che bisogna conciliare con quella regola. Anche nella L. 26 §. 1. *C. de usuris* (4. 32.) è ordinato, che per regola generale non si possano stipulare interessi maggiori del 6 per 100: *et eam quantitatem usurarum etiam in aliis omnibus casibus nullo modo ampliari, in quibus citra stipulationem exigi usurae solent.* Nondimeno in più luoghi del Codice gl' interessi moratorii sono fissati in molti casi al 12 per 100. A ciò spiegare è bastante l'osservazione, che le limitazioni possono molto bene accordarsi anche con una regola assoluta: ed una tale osservazione è molto più naturale per le Costituzioni, giacchè l'Imperadore, e particolarmente i posteriori parlarono un linguaggio ampolloso, dando a tutte le cose un colore grandioso e di universalità.

Per altro non importa alcuna differenza se il legislatore singolarmente noveri ed annulli le specialità dell' antico dritto, o dica in generale, che intenda abolirle tutte, giacchè una dichiarazione sì generale è efficace al pari della indicazione speciale. È pure manifesto, che una sì comprensiva abolizione di tutte le specialità può anche avvenire *tacite et implicite*: Secondo il principio: *exceptio firmat regulam contrariam*, o *exceptio firmat regulam in casibus non exceptis* (3) deesi noverare nella medesima categoria anche il caso, in cui il legislatore proponendo una novella regola dichiari nel medesimo tempo, che di tutte le eccezioni dell' antico dritto una sola debba durare. Seguendo un tal principio è più vera l' opinione di coloro, i quali avvisarono (4), che colla L. 23. *C. de Scto Vellejano* (4. 29.) per la garantia prestata dalle donne senza un istrumento pubblico, e colla Novella 134. c. 8. per quella data per il marito s' intendessero annullate tutte le eccezioni, che prima di queste leggi ammettevansi contro il *Sctum Vellejanum*. Si oppone

(1) L. 23. *de S. P. U.* (8. 2.) L. 5. 6. *De test. tut.* (26. 2.) L. 43. *pr. de leg.* (31.)
(2) L. 13. C. *de pign.* (8. 14.)
(3) L. 22. *de leg.* (1. 3.) L. 1. *pr. de offic. ejus cui mand.* (1. 21.) L. 18. *de testib.* (22. 6.) L. 26. §. 2. *de pact. dot.* (24. 4.)
(4) Ciò invero è molto dubbio — *Sistema delle Pandette* §. 948.

invero (1), che in questo caso non vedesi applicato da Giustiniano il principio *exceptio firmat regulam contrariam*, stantechè egli nella Novella 134. c. 8. ammettendo una eccezione, ne rigetta particolarmente un'altra, il che non avrebbe creduto necessario di fare, se avesse concepito il pensiero, che l'ammissione d'una sola eccezione importasse l'esclusione delle altre tutte. Ma deesi osservare, che l'Imperadore indicò particolarmente la più antica eccezione (la ripetizione del consenso), giacchè vi erano per questa più ragioni per sottrarsi all'impero della legge. Quando dunque egli dichiarava, che anche in questo caso intendevasi abolito l'antico dritto, non aveva altro proposito, che di novellamente ripetere, ch'era sua intenzione che oltre il caso da lui particolarmente indicato, non dovesse continuare una sola delle antiche eccezioni.

(1) Da Boehmer, *De efficaci mulierum intercessione*. (*Exerc*. T. 3.) cap. 3. § 4.

TRATTATO SESTO

ELEMENTI PER LA DOTTRINA DELLE CONDIZIONI.

1.

Identità delle condizioni sospensive e risolutive.

Nessuna dottrina fu finora trattata tanto difettosamente, e con sì poca capacità quanto quella delle condizioni. Sulla lunga serie dei particolari ed arguti principii applicabili a questa dottrina èvvi in vero una moltitudine di speciali ed ingegnose riflessioni, ma non fu parola finora dell'insieme, o per esprimermi altrimenti, del meccanismo di essa; donde seguì, che molte cose importanti furono tralasciate, o erroneamente concepite.

Quello, che riesce più strano si è, che sinora ogni studio fu volto alle sole condizioni sospensive, accennandosi appena di passaggio alle risolutive. Nelle quattro principali Opere sulle condizioni vedonsi (1) trattate le prime accuratamente in tutte le loro categorie, ma le ultime lo sono in un modo accessorio, o ricordate appena con poche parole: e questo metodo venne seguito sino agli ultimi tempi (2). Non fu creduto mai necessario chiaramente esporre l'intimo rapporto e l'identità delle due categorie delle condizioni, e perciò le risolutive furono trattate colla più grande negligenza, come se queste fossero regolate da principii differenti da quelli, che valgono per le condizioni sospensive.

Chi è educato in qualche modo all'astrazione avrà ragione di farsi le meraviglie considerando in questa dottrina, come mai sinora potettesi affermare, che le sole condizioni sospensive importino una sospensione. Quando si fa per poco attenzione alla idea fondamentale e generale delle condizioni, non può sconoscersi, che ogni condizione è sospensiva: giacchè per sua natura è un fatto, dalla cui esistenza o non esistenza dipende l'essere o il non essere d'un rapporto giuridico, al quale comunica la propria incertezza, stantechè la sua inesistenza esclude sempre il rapporto giuridico, come la realtà di essa rende reale anche questo. Un tale carattere sospensivo è commune egualmente alla così detta condizione risolutiva; ma in una contraria direzione. Come la sospensiva particolarmente ritarda la tradizione, così la risolutiva rimette ad un altro tempo la restituzione: sicchè quella rende dubbia la convenzione principale, questa per contrario il patto accessorio della restituzione (3): ma quello stesso che l'una opera per il contratto principale, l'altra produce per l'accessorio, e sono quindi applicabili per entrambe i medesimi principii.

Nella trattazione dei principii generali, che sono applicabili all'una o all'altra specie di condizioni, si è in qualche modo concetta l'idea principale di esse sopra espressa, e chi vi ponga ben mente, è impossibile, che possa negarlo. Ma relativamente ai principii particolari entrambe le condizioni furono trattate come al tutto differenti fra loro, e non vi si scorge, che siasi sentito il bisogno di ridurle alla tanto necessaria unità. Valgano di pruova i seguenti esempii.

1) Relativamente alle condizioni negative e moralmente impossibili si propone la regola, che a cagione della turpitudine il contratto sia nullo per le condizioni sospensive, e non per le risolutive (4). Ma una tale regola è al tutto irragionevole; giacchè la condizione, quando sia sospensiva dovrebbe operare sul contratto principale ossia sulla tradizione i medesimi effetti, che la risolutiva sul patto accessorio, ossia sulla restituzione, giac-

(1) F. Balduino, *Comm. de condit.* F. Brusel. *tr. de conditionibus*, e P. Duran. *tr. de conditionibus et modis impossibilibus*. Ravensberg, *de condit. convent. et ultim. voluntatum*.

(2) Höpfer, *Comm.* §. 740. Glück, *Comm. alle Pandette* v. IV. § 737-a-c. 738.

(3) L. 3. *de contr. emt.* (18. 1.) L. 2. *pr.* §. 1. L. 4. §. 3. *de in diem addict.* (18. 2.) L. 1. *de lege commissor.* (18. 3.) L. 2. §. 4. 5. *pro emt.* (41. 4.)

(4) Glück, §. 738.

chè la turpitudine è uguale nell'uno e nell'altro caso. Avvicinando fra loro le leggi relative a questa materia (1), è manifesto che serve a queste di fondamento il concetto molto semplice, che è turpe convenire un premio per la semplice astinenza da un fatto colpevole, ma che sia lecito a chiunque sommettersi ad una pena quando non si astenga da un fatto colpevole. Si per l'una, che per l'altra condizione la condizione è dunque nulla, quante volte non à altro obbietto che premiare la semplice astinenza da una colpa, ma è valida per entrambe, quando cercasi punire un'azione colpevole.

2) Quando trattasi della restituzione dei frutti dopo l'avvenimento della condizione, tutte le opinioni convengono, che per la condizione risolutiva si debbano restituire tutt'i frutti raccolti dal tempo del contratto, essendo questo espressamente ordinato dalle leggi, almeno in occasione della *Lex commissoria*, e della *addictio in diem* (2). Alcuni opinano nello stesso modo per la condizione sospensiva (3), sebbene Coccejo ed altri dieno al venditore tutti i frutti raccolti prima dell'avvenimento della condizione.

A nessuno di questi è venuto in mente di giovarsi a tal proposito della analogia delle condizioni risolutive, o trovare in questa analogia delle difficoltà, che sarebbe stato necessario rimuovere. E pure nulla sarebbe stato più naturale. Giacchè come durante la condizione risolutiva l'acquirente è proprietario interino, così pure durante la sospensiva il venditore rimane proprietario per il tempo intermedio: e come per questa dopo l'avvenimento della condizione la proprietà del venditore si trasferisce al compratore, così per quella ritorna al medesimo venditore. Non vi sarebbe adunque alcuna unità giuridica, se dopo l'avvenimento della condizione sospensiva i frutti raccolti nel tempo intermedio non dovessero essere restituiti; ed a questo proposito àvvi la ragione decisiva anche per le condizioni, che non sieno puramente potestative, che secondo le leggi (4) tutte le condizioni sospensive, le quali non siano *mere potestative* hanno un effetto retroattivo sino all'epoca del contratto, e che relativamente a simiglianti condizioni questo debba essere considerato come se fosse già *perfectum* al tempo che fu convenuto, e che secondo altre leggi tutti i frutti raccolti *post perfectam venditionem* si appartengono al compratore (5). La ragione principale di Coccejo, che chi sopporta il pericolo, dobba anche ritrarne i vantaggi, può rivolgersi appunto contro di lui. Giacchè *pendente conditione suspensiva* il promittente è soggetto al solo *periculum interitus*, ma non a quello *deteriorationis* (6). Se dunque l'accettante soggiace al pericolo per quanto riguarda le cose accessorie, potrà pure pretenderne i vantaggi accessorii.

Sicchè anche qui si ha per risultato l'eguaglianza fra la condizione risolutiva e la sospensiva. Sotto un solo rapporto potrebbero originarsi delle difficoltà. Quando si volessero rigorosamente applicare ai frutti i principii sulla retroattività delle condizioni, ne seguirebbe, che all'avvenimento della condizione sospensiva si dovrebbero restituire i frutti solo quando la condizione era *casualis* o *mixta* e non *mere potestativa*. Per la condizione risolutiva fu ammesso per contrario illimitatamente il principio, che l'acquirente potesse reclamare tutti i frutti raccolti per il tempo intermedio. Ma anche quest'ultimo principio è dubbio per me: giacchè le citate leggi, dalle quali è dedotto, accennano soltanto alla *lex commissoria*, ed alla *addictio in diem*, in cui la restituzione non poteva avvenire per una condizione *mere potestativa* del venditore: abbiamo pure, come sarà provato in seguito, un caso molto simigliante, nel quale riconoscevasi alla *lex commissoria* ed alla *addictio in diem* effetti molto estesi, stantechè per disposizione legislativa ed espressa non avvenivano i medesimi effetti, quando l'avvenimento risolutivo dipendeva dal semplice arbitrio dell'acquirente. Seguendo dunque lo spirito e l'analogia del dritto potrei affermare, che non bisogna restituire i frutti anche succedendo la condizione risolutiva, quando questa consistesse in un *factum mere potestativum* del venditore: e con ciò si avrebbe una compiuta identità. A me però sembra, che non si possa in generale non biasimare la retroattività delle condizioni nei contratti. Il mio ingegnoso collega Trendelenburg (7), sebbene

(1) L. 7. §. 3. L. 50. *de pact.* (2. 14.) L. 121. *pr.* §. 1. *de V. O.* (45. 1.) Tit. 10. *si mancip. ita ven.* (4. 56.)

(2) L. 6. *pr.* L. 16. *de in diem addict.* (18: 2.) L. 4. *pr.* §. 1. de *leg. comm.* (18. 3.) L. 11. §. 10. *quod vi aut clam* (13. 24.)

(3 Ravensberg. *De condit* cap. 6. §. 25. Stryk, *U. M. P.* L. 18. T. 1. §. 28. T. 6. §. 5.

(4) L. 9. §. 1. L. 11. §. 1. *qui pot. in pign.* (20. 4.) L. 16. *de solut.* (45. 3.)

(5) L. 16. C. *de act. emt.* (4. 49.)

(6) L. 8. *pr. de periculo* (18. 6.)

(7) Fu questi un dotto giureconsulto non abbastanza conosciuto, per quanto eccellente, capace, ricco delle più svariate conoscenze di dritto, versato moltissimo nella pratica,

fosse il più caldo ammiratore del dritto Romano, non poteva mai reprimere il suo sdegno quante volte gli avveniva dover parlare su questa materia; ed in verità riesce difficile apportare una ragione anche mediocre, che valga a spiegare l'origine d'una tale stranezza.

II.

Dritto di rivindica del venditore dopo l'avvenimento della condizione risolutiva.

È certo per la pratica una delle più importanti quistioni, se il venditore d'una cosa dopo l'avvenimento d'una condizione risolutiva possa rivendicarla non solamente dal compratore, (il che è fuori dubbio), ma anche da qualunque terzo possessore. In ogni modo si ritiene per certo, che il dritto di rivindica manca, quante volte la condizione sia *mere potestativa* dalla parte del venditore. Questo ci vien pruovato dal seguente e molto chiaro frammento, che ci tornerà utile per le riflessioni posteriori :

L. 3. *quib. mod. pign. vel hyp. solv.* (20. 6.) Ulpiano lib. 8. *Disputationum* :

« *Si res distracta fuerit sic: nisi intra* » *certum diem meliorem conditionem invenisset, fueritque tradita, et forte emtor,* » *antequam melior conditio offeretur, hanc* » *rem pignori dedisset, Marcellus lib. 5.* » *Digestorum ait, finiri pignus, si melior* » *conditio fuerit illata; quamquam ubi sic* » *res distracta est, nisi emtori displicuisset,* » *pignus finiri non putet.*

Può ritenersi questo frammento come decisivo per la considerazione, che quello che ci è detto d'una parte (del pegno) debbasi per tutte le ragioni applicare anche all'intero (alla proprietà). Ciò è pure naturale, giacchè nel *pacto displicentiae* potrebbesi rimproverare al debitore di non esservisi determinato prima d'un tal tempo, e che ogni danno gli proviene dalla sua propria e libera volontà. Anche per l'*actio redhibitoria* avviene per un rapporto contrario qualche cosa di simigliante (1). Ma in qual modo dovrà decidersi la quistione, quando la condizione risolutiva sia di tutt'altra natura? Sventuratamente non abbiamo a tal proposito alcuna legge generale, ma poche proposizioni occasionali relative ai casi particolari della *addictio in diem* e della *lex commissoria*, ed anche queste espressioni letteralmente intese non sembrano consuonare fra loro, ed apersero quindi un vasto campo alla varietà delle opinioni, ed a ritrovati ingegnosi. Alcuni opinano, che l'avvenimento della condizione risolutiva importi per il venditore un illimitato dritto di rivindica contro chiunque, passando in gran parte sotto silenzio le leggi, dalle quali potrebbesi indurre una opinione contraria (2). Altri andarono appunto in contrario avviso, e si pruovarono a sottrarsi all'applicazione di quelle leggi sulle quali si sostiene la prima opinione, osservando, che in quelle disposizioni legislative, le quali riconoscono un dritto di rivindica al venditore, avevasi presente il caso, in cui l'acquirente avevagli realmente restituita la cosa (3), o quello in cui il venditore avesse conservato il possesso e la proprietà (4).

Una terza opinione infine, la quale come la prima, contava già dei partigiani fra i Glossatori, e negli ultimi tempi fu più di ogni altra seguita dai pratici, tentò, come si usa il più delle volte in simiglianti casi, conciliare con una ingegnosa distinzione le opinioni opposte.

Secondo questa deesi dunque distinguere: se il venditore usò *verba directa*, come per esempio, *ut fundus inemtus sit ; ut venditio irrita sit*, o *verba obliqua*, per esempio, *ut fundus inemtus fieret*, *ut res reddatur* e simili. Nel primo caso il venditore avrebbe dopo l'avvenimento della condizione risolutiva un dritto di *vindicatio* : ma nel secondo potrebbe esercitare soltanto un'azione personale contro il secondo venditore (5).

Mi è forza confessare, che io stesso seguii finora quest'ultima teorica (6) non per altra ragione, se non perchè mancommi e tempo ed inclinazione di prendere seriamente in esame questa materia, avendo più a cuore altre dottrine, e perchè avevami fatta una

e squisito e dotto conoscitore della vera Latinità. Le sue Dissertazioni meriterebbero di essere raccolte a preferenza di quelle di molti altri, e di ciò pregherei volentieri il suo degno amico e caldo ammiratore Cramer. Nei tempi presenti, nei quali, sia lode al cielo, non più si è uso attingere dai *Gallicis*, una tale Collezione potrebbe certamente contare sull'applauso della parte migliore del pubblico.

(1) L. 21. §. 1. *de aedil. edict.* (21. 1.)

(2) Particolarmente Donello, *Comm.* L. 16. c. 18. 19.

(3) F. Musset, *Obr. quaedam de conventionibus ad conditionem initis* p. 4. 26.

(4) Fu questo l'avviso di Cuiacio come sarà detto in seguito.

(5) Brunnemann; *Ad Cod. L.* 4. *T.* 54. *Ad const.* 1. 2. 4. Coccejo, *Ius contr.* L. 18. J. 2. *qu.* 5. T. 8. *qu.* 5. *et* Emminghaus, *ibid.*

(6) *Sistema delle Pandette.* §. 124.

legge inviolabile di non dipartirmi da una opinione predominante senza essermi prima interamente convinto della sua erroneità, considerando che la pratica ebbe sempre un tatto sicuro, e con questo potè sottrarsi sovente agli errori teoretici. Ma ora mi sono fatto persuaso, che quella distinzione manca al tutto di fondamento, come fu già osservato da uno dei nostri più grandi giuristi (1). Essa non si sostiene sopra una sola legge, poggia nell'aria, e fu ripetuta di buona fede; mentre vi sono molte disposizioni legislative a sostegno della opinione contraria. Nel frammento letteralmente riportato ammettesi illimitatamente la restituzione del pegno e l'azione contro i terzi nella *addictio in diem* senza distinguersi alcuna formola, colla semplice limitazione, che si presenti una *melior condictio*, e vi sia l'offerta. Nella L. 41. *de R. V.*: (6. 1.) (Ulpiano) occorrono in vero *obliqua verba (ut recedatur ab emtione)*; e pure si risolve il dritto di proprietà del novello acquirente senza più conservare l'*actio in rem*. In nessun luogo accennasi anche di lontano a quella pretesa distinzione, la quale manca d'ogni base ragionevole tanto maggiormente che le leggi che vi si riferiscono riguardano appunto *bonae fidei negotia*. È forza dunque o risolvere la quistione in tutt'altro modo, o riconoscere l'impossibilità di riuscirvi.

Considerando il tutto accuratamente, mi sembra, che l'opinione di coloro i quali riconoscono al primo venditore dopo l'avvenimento della condizione un dritto di rivindica, si sostenga su ragioni al tutto predominanti. Ciò non è dubbio per l'*addictio in diem*, quando si fa attenzione alle leggi, che vi si riferiscono direttamente: giacchè la citata L. 3. *quib. mod. pign. vel hyp. solvitur.* (20. 6.) accenna chiaramente al dritto di rivindica al pari della molto simile L. 4. 5. *de in diem addict.* (18. 2.). È pure decisivo il seguente frammento (quando non si voglia supporre cogli autori della seconda opinione la già seguita restituzione):

L. 41. *pr. de R. v.* (6. 1.) Ulpiano libr. 17. *ad edictum*:

« *Si quis hac lege emerit, ut si alius meliorem conditionem attulerit, recedatur ab emtione, post allatam conditionem jam non potest in rem actione uti. Sed si cui in diem addictus sit fundus, antequam addictio sit facta, uti in rem actione potest: postea non poterit.*

(1) H. Boehmer, *De verbis directis et obliquis*. §. 30. 31. (*Exercit. ad P*, T. 1.).

L'idea tutta propria di Fabro (2) che dopo l'*addictio* il compratore non abbia alcuna *vindicatio*, e che questa sia perciò negata anche al venditore, è tanto strana e sì poco ragionevole, che fu contradetta dagli stessi seguaci della seconda opinione (3). Soltanto il seguente brano potrebbe sembrare come alquanto contraddittorio:

L. 15. *de in diem addict.* (18. 2.) Ulpiano lib. 32. *ad edictum*:

« *Imperator Severus rescripsit: sicut fructus in diem addictae domus, cum melior conditio fuerit allata, venditori restitui necesse est, ita rursus quae prior emtor medio tempore necessario probaverit erogata, de reditu retineri; vel si non sufficiat, solvi aequum est. Et credo, sensisse principem de emti venditi actione.*

Ma già i Glossatori dettero di questo frammento una interpetrazione vera, la quale rimuove tutte le difficoltà, e si è, che qui trattasi soltanto di pretensioni ed azioni personali; le quali non seguono dai principii della *rei vindicatio*, giacchè in questa il *possessor bonae fidei* non è obbligato a restituire i frutti, avendo per le spese una semplice eccezione, e nessun'azione. Sicchè l'Imperadore non poteva avere accennato nel suo Rescritto che alle sole azioni, che risultano dal contratto, ed in ciò non vi à alcuna contradizione, anche quando si ammetta, che dopo l'avvenimento della condizione risolutiva, cessi *ipso jure* la vendita, e ritorni la proprietà all'antico proprietario, giacchè avviene generalmente, che dopo la risoluzione del contratto continuano le azioni a cagione dei dritti che ne provengono.

Sulla *lex commissoria* abbiamo il seguente frammento delle Pandette, che inteso nel modo più semplice rende indubitato, che il venditore possa rivendicare la cosa venduta immediatamente dopo attuata la condizione:

L. 8. *de lege commiss.* (18. 3.) Scevola, lib. 7. *Digestorum*:

« *Mulier fundos Cajo Sejo vendidit, et acceptis arrae nomine certis pecuniis, statuta sunt tempora solutioni reliquae pecuniae, quibus si non paruisset emtor, pactus est, ut arram perderet, et inemtae villae essent. De statuto emtor testatus est, se pecuniam omnem reliquam paratum fuisse exsolvere, et sacculum cum pecunia signaturum signis obsignavit, defui se autem venditricem; posteriore autem die nomine fisci testato conventum*,

(2) Rational. *ad L.* 41. *de R. v.*
(3) Mussel. *l. c.* p. 9.—12.

« *emtorem, ne ante mulieri pecuniam ex-*
« *solveret, quam fisco satisfaceret. Quaesitum est, an fundi non sint in causa, ut a venditrice vindicari debeant ex conventione venditoris? Respondit secundum ea, quae proponerentur, non comisisse in legem venditionis emtorem.*

Nondimeno a sostegno della seconda opinione si è voluto affermare, che in quel frammento la parola *vindicatio* sia presa in un senso al tutto generale, e si riferisca ad ogni azione personale (1), o pure che l' espressione *a vinditrice vindicari* non debba essere intesa attivamente, ma passivamente, ossia che il compratore possa muovere reclamo contro la venditrice (2). Ma la prima interpetrazione non si accorda coll' uso consueto di esprimersi dei classici, e l' ultima è contradetta dalle ragioni le più decisive. Giacchè suppone dei *facta*, ai quali in nessun modo accenna il Frammento, ossia, che sia stata fatta la tradizione al secondo venditore, (il che sarebbe indispensabile per la *vindicatio* del compratore), e che poi in qualunque siasi modo la cosa ritornasse in possesso della venditrice, sulla quale ultima e strana combinazione si potrebbero in vero fare delle osservazioni.

Inoltre le parole *ex conventione venditoris* pruovano, ed è questa pure la conseguenza del legame logico di tutto il frammento, che qui trattasi soltanto dei dritti che provenivano alla venditrice dal patto accessorio convenuto a suo vantaggio. Da un tale frammento non sarebbesi generata alcuna difficoltà, se non occorresse nel Codice un Rescritto, che sembra dire il contrario, e che è il seguente;

L. 3. C. *de pactis inter em.* (4. 54.). *Imper Alexander A. Felici militi.*

« *Qui ex lege praedium vendidit, ut nisi reliquum pretium intra certum tempus restitutum esset, ad se reverteretur, si non precariam possessionem tradidit, rei vindicationem non habet, sed actionem ex vendito.*

Ma vi si può opporre il seguente Rescritto del medesimo Imperadore, che accenna appunto al contrario:

L. 4. C. *eod. Idem A. Iuliano.*

« *Commissoriae venditionis legem exercere* » *non potest, qui, post praestitutum pretii solvendi diem, non vindicationem rei eligere, sed usurarum pretii petitionem sequi maluit.*

I partigiani della seconda opinione troppo sovente regolaronsi come se questo secondo Rescritto al tutto non esistesse, ma tentaronsi pure dei mezzi conciliativi: il più comune si è, che nella L. 3 cit. si fossero adoperate soltanto *verba obliqua*, ma nella L. 4. cit. *verba directa*. Cujacio per contrario propose due spiegazioni. In un luogo (3) egli spiega la L. 3. cit. secondo il dritto rigoroso ammettendo però la *vindicatio* a causa della L. 4. cit. Ma in altra occasione afferma (4), che combinando insieme l'una e l'altra legge, sia forza supporre, che il venditore abbia trasmesso il possesso soltanto *precario*. Ma tutto questo a nulla giova, giacchè secondo la cit. L. 8. *de lege commissoria* (18. 3.) le Pandette decidono in un modo assoluto, che il venditore abbia un dritto di rivindica, quando il compratore sia in *mora* contro gli ordinamenti della *lex commissoria*. La L. 4. cit. riconosce al venditore l'azione di proprietà, quante volte egli non abbia rinunziato al suo dritto; la L. 3. cit. attentamente considerata non dice nulla in contrario, giacchè non esprime come la prima di quale caso parlasi, ma decide in un modo indeterminato, che in un certo caso, nel quale era convenuto un *pactum commissorium*, non ammettesi alcuna *vindicatio* da parte del venditore senza una tradizione precaria.

Secondo i principii della interpetrazione dei Rescritti indeterminati, è qui soltanto necessario investigare, se siano possibili dei casi, ai quali fosse applicabile la L. 3. C. cit, senza derogare alla L. 4. C. cit. Non è dubbio che questa quistione deesi risolvere per l' affermativa. Si prenda ad esempio il seguente caso: A. vende nell' anno 1780 una casa a B. colla condizione della restituzione, se questi manchi di pagarne il prezzo fino all' anno 1785. Nel tempo intermedio B. danneggia la casa. È chiaro, che non essendo ancora seguita la condizione risolutiva, A non avrà alcuna *vindicatio* ma una semplice azione *ad implendum*, o quella per la risoluzione del contratto per la mala fede del compratore; la quale azione personale non gli si potrà certo negare, giacchè chiunque, a cui devesi qualche cosa sotto condizione, à il dritto durante l'incertezza di questa di pretendere, che la persona obbligata non limiti la sfera delle sue speranze (5): soltanto nel caso d' una pre-

(1) H. Boehmer, *ibid.*
(2) Musset. p 25.
(3) *Comm. ad Tit. D. de R. V. ad* L. 42. (*opp.*. T. VII. p. 317.)

(4) *Ad lib. 4. prior. Cod. ad* L. 4. T. 54. (*opp.* T. X. p. 1025.)
(5) L. 85. §. 7. *de* V. O. (45. 1.) L. 5. C. *de* O. *et* A. (4. 10.)

caria possessio potrebbesi permetterne ad A. la rivindica. Chi ammette, ciò chè deesi necessariamente ammettere, che tutti i Rescritti del Codice, che non indicano i casi, debbano essere limitati soltanto a quelli, per i quali abbiano un certo senso, questi non avrà nulla ad opporre contro la nostra interpetrazione: e con ciò sarebbero rimosse le difficoltà tutte di questa dottrina. Giacchè essendosi per analogia esteso, come era naturale la L. 3. *T. C.* cit. all'*addictio in diem*, ogni confusione provenne da questo indeterminato Rescritto.

III.

Sulla opinione, che nel dubbio debbasi presumere piuttosto la condizione risolutiva anzichè la sospensiva.

Fin ora si è sempre affermato, che nel dubbio la presunzione sia per la condizione risolutiva anzichè per la sospensiva, stantechè è nella natura di qualunque contratto, che s' intenda deffinitivamente conchiuso. Per pruovare un tale principio Glück (1) si è giovato di alcune leggi, le quali sono relative limitatamente alla *datio dotis* (2), e che combinate con un frammento da lui non citato, che tratta della dote (3), non inducono ad una simigliante regola generale. Giacchè la dottrina che vi si contiene si è, che seguita la tradizione della dote prima del matrimonio, il marito ne addivenga immediatamente proprietario: ma quando questa gli fosse stata semplicemente promessa, non potrebbe reclamarla prima che fosse conchiuso il matrimonio. È perciò, che lo in altra occasione (4) esprimeva la regola; che per una semplice promessa la condizione deesi presumere sospensiva, per la seguita tradizione debba presumersi la condizione risolutiva. Senonchè vi sono altre leggi le quali relativamente alla *lex commissoria* ed all' *addictio in diem* fanno presumere in un modo assoluto la condizione risolutiva, senza distinguere fra la promessa e la tradizione (5). Avvicinandu tutte queste disposizioni legislative, mi sembra esservi espresso il seguente e molto ragionevole principio fondamentale: per alcuni fatti giuridici la risoluzione è naturale al pari della sospensione, come per la *lex commissoria*; avvene però degli altri, nei quali la sospensione risponde meglio alla natura di essi, come per l' assegnamento della dote essendo questa destinata a provvedere ai pesi del matrimonio. Pei contratti della prima natura deesi sempre presumere la condizione risolutiva invece della sospensiva, per quelli della seconda specie è forza ammettere il contrario, sebbene una simigliante presunzione possa essere combattuta da una altra più forte. Quest' ultimo caso avviene, quando alla promessa tien dietro la tradizione, giacchè è straordinario che si esegua la convenzione durando ancora l'incertezza della condizione sospensiva.

(1) *Comm. alle Pandette* §. 337. a. not. 50.
(2) L. 7. *in fin.* L. 8. *de jur. dot.* (25. 5.) L. 1. §. 1. 2. *pro dote* (41. 9.)
(3) L. 4. §. 2. *de pact.* (2. 14.)
(4) *Sistema delle Pandette* §. 121.
(5) L. 1. *de lege commiss.* (18. 3.) L. 2. §. 4. *pro emt.* (41. 4.)

TRATTATO SETTIMO

DELL' OBBLIGAZIONE DEL DONATORE IN CASO DI EVIZIONE.

Fin dai tempi dei Glossatori fu una quistione molto agitata quella di definire fino a qual punto il donatore sia obbligato nel caso di evizione. Molti trattati speciali furono scritti a tal proposito (1), e nondimeno nulla vi à di determinato, sebbene possa affermarsi, che una infine delle opinioni divenne sulle altre predominante. Ma perchè anche questa, per la quale in altra occasione mi dichiarai, è meno di qualunque altra ammissibile secondo le mie presenti convinzioni, e perchè avviso, che gli scrittori di qualunque opinione non ebbero in considerazione i momenti principali e veri, che sono qui decisivi, nè finora fu tratto dai testi classici, quel profitto che dovevasi, così io penso, che non sia un lavoro al tutto inutile quello di prendere novellamente in considerazione una tale quistione.

In tre modi fu risposto finora alla quistione. Alcuni, fra i quali si noverano pochi dei Glossatori, propongono in un modo assoluto il principio; che non si possa intentare reclamo a causa di evizione contro il donatore, purchè non l'abbia giuridicamente promesso, o non siasi reso colpevole di frode (2). Le ultime limitazioni sono naturalmente ammesse anche dagli scrittori, che andarono in diversa opinione. Altri per contrario, fra i quali si noverano i più dei Glossatori, distinguono: o alla donazione tenne dietro immediatamente la tradizione, o questi due momenti sono scompagnati fra loro: nel secondo caso il donatore sarebbe illimitatamente obbligato, ma nel primo andrebbe esente da qualunque obbligo (3).

La terza opinione infine la quale conta fra i suoi partigiani i più antichi giureconsulti, ma che rilevossi non prima degli ultimi tempi, distingue, se il donatore abbia promessa qualche cosa soltanto *in genere*, o donò una *species* colla promessa e colla tradizione. In quest' ultimo caso non sarebbe obbligato ad alcuna evizione, o al più sarebbe tenuto a pagare quello, che il donatario abbia perduto di proprio a causa della evizione; ma nel primo ne risponderebbe illimitatamente (4).

La prima opinione mi sembra sostenersi su ragioni al tutto decisive sì direttamente che per analogia. Fra queste ultime noverò il principio espresso in un modo assoluto nelle leggi, che il donatore non sia obbligato per i difetti occulti della cosa donata (5). Fra le pruove dirette deesi tener conto del seguente importante frammento tratto dalle *Recent. Sent. Pauli* (L. 5. T. 11. §. 5.):

Invitus donator de evictione rei donatae promittere non cogitur, nec eo nomine, si promiserit, oneratur: quia lucrativae rei possessor ab evictionis actione ipsa juris ratione depellitur.

(1) F. A. Oldenbruch (Praes. I. Wunderdich) *de evictione in donat remuneratoria non praestanda* I. C. Kock, *Medit. de evict. in donatione non indistincte praestanda.* F. R. Oldenbruck, *Notae ad med. de evict. in donat. non indist. praestanda.* G. Ditmar, *De evictione in donatione non indistincte praestanda.* W. *L.* Rodowé, *De eo quod iustum est circa evictionem donationis praestandam.*

(2) Donello, *Ad Tit. C, de evict. Ad L.* 2, *eod.* Cujacio, *Comm. ad Tit. de r. v. ad L.* 32. *ibid.* (op. T. 7. p. 303) R. Fabro, Ration, *ad L.* 48. *de r. v.* Frarizkius, *De evict.* nr. 424. Idem, *Comm. ad P. L.* 21. T. 2. nr. 421. Hunnius, *Resol.* T. 2. p. 265. Stryk. *v. M, P. L.* 21. T. 2. §. 4. 5. Hüber, *Prael. ad Pand. eod.* Tit. §. 4. 5. Waechtler, *Recit. sing.* LL. Tit. *de evict.* §. 25. Eck, *Princ.* L. 21. T. 2. §. 5. Madihn, *Princ.* §. 183 Malblanh, *Princ.* §. 589.

(3) Bartolo, *Comm. ad L.* 13. *de donat*· Baldo, *Ad C. Tit. de jur. don.* Duaren. *Ad Tit. D. de donat.* Gaballin. *tr. de evict.* §. 2. Guzmann, *tr. de evict.* c. 15. n. 9.

(4) Bartolo, *Ad L. si a substituto* 47. (45.) *de leq.* 1. Brunnemann, *Ad L.* 2. C. *de evict.* Voet, *Comm. L.* 21. T. 2. §. 13. Koch, e Radowè *Diss. cit.* Hugo, *Pandette*, §. 207. n. 2. Günther, *Princ.* §. 1050.

(5) L. 62. *de aedil. edict.* (21. 1.).

Un tale frammento fu cagione di grandi difficoltà essendovi nel Codice un Rescritto di Severo ed Antonino, col quale si ammette il reclamo contro il donatore, quante volte questi siasi obbligato per il caso di evizione, ed abbia ciò fatto nella formola della stipulazione (1). Cujacio credè evitare una tale difficoltà riportando il *si promiserit* ad un *nudum pactum* (2). Ma perchè una tale interpetrazione è manifestamente arbitraria, altri vi sostituirono l'espressione *nisi promiserit* (3).

Questa critica addiviene però al pari della spiegazione di Cujacio molto dubbia per l'interpetrazione che si contiene di quel frammento nelle seguenti parole:

Si aliquis rem juris sui scriptura interveniente donaverit, evictionis poenam sibi constituere invitus non compellitur: ad quam rem, etiamsi volens promiserit, non potest retineri: quia res, quae lucrum alteri facit, damnum pro munere suo donatori inferre non poterit.

Se si consideri, che i Romani anche in altre occasioni trovano mal fatto, che una persona fosse molestata a causa d'una semplice promessa (4), e che i medesimi opinavano, che dovessesi trattare il donatore più di qualunque altra persona con estrema delicatezza, può affermarsi con ragione quello, che l'istesso Cujacio diceva in altro luogo (5), che un tal principio fu realmente in uso per qualche tempo, e che gl'Imperadori poi l'abbiano abbandonato. In tutti i casi però quel frammento pruova, che volevasi esente il donatore da qualunque obbligo di evizione.

Questo è confermato molto più direttamente dalla L. 18. §. 3. *de donat.* (39. 5.) Ulpiano L. 71. *ad edictum:*

Labeo ait, si quis mihi rem alienam donaverit, inque eam sumtus magnos fecero, et sic evincatur, nullam mihi actionem contra donatorem competere. Plane de dolo posse me adversus eum habere actionem, si dolo fecit.

Il medesimo è detto in due altri frammenti delle Pandette (6) ai quali non fu fatta attenzione dai più degli scrittori, ed anche nella L. 2. C. *de evict.* (8. 45.), in cui leggesi:

Quoniam avus tuus, quum praedia tibi donaret, de evictione eorum cavit, potes adversus coheredes tuos ex causa stipulationis consistere ob evictionem praediorum, pro portione scilicet hereditatis. Nudo autem pacto interveniente, minime donatorem hac actione teneri certum est.

Una serie dunque di leggi ed anche l'importante testimonio d'un classico Giureconsulto confermano d'un modo assoluto il principio che il donatore non abbia alcun obbligo per semplice evizione senza speciali motivi: e questo è pure logico. Sopra nessun'altra materia il dritto Romano è meno dubbio almeno fin dove si estende la trattazione di esso dai classici, quanto su quella, che non debbasi dare ascolto a reclami, che sentano di poca delicatezza. Così per esempio negavasi ogni efficacia a quei contratti, nei quali si conveniva un prezzo per la semplice astinenza da un fatto colpevole (7), e probabilmente per le medesime ragioni rigettavasi il reclamo d'un legato lasciato *poenae nomine*, sebbene posteriormente il sentimento molto meno delicato di Giustiniano l'abbia ammesso (8). Per conseguenza dovevasi anche dispensare il donatore da qualunque obbligo di evizione: giacchè il donatario era tenuto di gratitudine verso il donatore, e nessuna virtù avevasi più di questa in maggiore considerazione nel concetto Romano (9). Concedevasi perciò al donatore il *beneficium competentiae* nel senso più largo (10), ed era dispensato da qualunque obbligo per semplice *culpa* (11), o *mora* (12). Se questo è vero, era pure conseguente, che il donatario non avesse alcuna azione contro il donante per semplice evizione, quante volte non si potesse accagionarlo di frode.

Non può quindi concepirsi, come gli autori della seconda opinione opinassero per l'obbligo nel caso, che vi fosse stata promessa di tradizione nell'atto della donazione. Le ragioni astratte di questi autori sono fu-

(1) L. 2. C. *de evict.* (8. 45.).
(2) Cujacio, *Ad Pauli Sent.* L. 5. T. 11. §. 5. (op. T. 1. p. 488.
(3) Schulting, *Ad Paulum.* l. c.
(4) L. 56. *de leg.* 1. (30): *si legati servi nomine stipuletur legatarius, fugitivum eum non esse praestari, nihil veniet in eam stipulationem, quia qualis sit, talis ex testamento praestari debet: nec ullum in legato damnum facere intelligetur.*
(5) *Ad Tit. de leg.* 5. *ad* L. 29. §. 5. *ibid.* (op. T. 1. p. 1086. 1087).
(6) L. 48. *d. v. r.* (T. 1.) L. 31. §. 1. *de v. O.* (45. 1.).
(7) L. 7. §. 3. *de pact.* (2. 14.).
(8) Tit. Pand. *de his quae poena caus.* (34. 6.) L. un. C. *eod.*
(9) Ciccrone, *Off.* 1. c. 15. Seneca, *Ep.* 81. 1. Pan, *de grati animi officiis.*
(10) L. 19. §. 1. *de re judic.* (42. 1.).
(11) L. 1. *si Mensor* (11. 6.) L. 23. *D. R.* 1. (50. 17.)
(12) L. 22. *de donat.* (39. 5.).

tili ed insignificanti, come lo era tutta l'antica filosofia del dritto: essi dicono: chi si limita a dare non si obbliga, ma chi promette, crea un *vinculum juris*, ed è assolutamente obbligato a mantenere la sua parola. Ma contro un tale ragionamento può osservarsi, che trattasi appunto di definire, se il donatore possa essere astretto secondo la lettera della convenzione: è pure da porre mente, che coloro, che in tal modo ragionano, non fanno attenzione, che promettesi sempre ed egualmente, sia che la tradizione tenga immediatamente dietro alla promessa, sia che questi due momenti sieno fra loro scompagnati: è perciò, che anche i Romani non annullarono mai una obbligazione convenzionale per la sola ragione, che al patto seguiva immediatamente la tradizione. È molto probabile, che questi autori furono persuasi a così opinare dalla L. 1. C. *de jure dotium* (5. 12), nella quale è ordinato quanto segue:

Evicta re, quae fuerat in dotem datam, si pollicitatio vel promissio fuerit interposita, gener contra saecrum vel mulierem, seu heredes eorum, condictione, vel ex stipulatione agere potest. Sin autem nulla pollicitatio, vel promissio intercesserit, post evictionem ejus seguidem res aestimata fuerit, ex emto competit actio (Sin vero hoc non est factum, si quidem bona fide eadem res in dotem dato est, nulla marito competit actio) (1). Dolo autem dantis interposito, de dolo actio adversus eum locum habebit; nisi a muliere dolus interpositus sit: tunc enim, ne famosa actio adversus eam detur, in factum actio competit.

Il modo ordinario d'interpetrare questa legge si fu, che colui, che costituì la dote, risponda di questa, quante volte siasi obbligato per *pollicitatio* (2), o *promissio*, o l'abbia data con una *taxatio venditionis gratia*, o si rese colpevole di frode, ma che sia esente da qualunque obbligazione, quando la dote fu costituita senza una tale *taxatio* ed in buona fede (3). Alcuni ammettono soltanto in generale una tale spiegazione; ma vi aggiungono delle limitazioni tratte dai principii particolari alle donazioni, ed ai contratti onerosi, secondo che una dote sia *necessaria* o *volontaria* (4). Ma è d'uopo convenire nella opinione di alcuni professori di dritto, che le parole *pollicitatio vel promissio* si riferiscono soltanto alla promessa di garantia in caso di evizione. Giacchè la legge parla dell'azione di regresso sì contro il suocero, che contro la moglie, che costituissi una dote: tanto più che nella L. 69. §. 7. *de jure dot.* (23. 3) espressamente è detto, che una moglie, che non costituisse la dote colla *taxatio venditionis gratia*, non sia tenuta della evizione, quando non sia colpevole di frode. Così spiegata questa legge è al tutto conseguente per quanto riguarda la *dos volontaria*, giacchè quand'anche fosse destinata ad un determinato fine, il donatore di essa è sempre un benefattore: ma questa medesima legge si giustifica anche per quanto riguarda la *dos necessaria*. Giacchè se colui che la costituì non era proprietario della cosa evitta, egli non ne era debitore, ed il debito pesava soltanto sui rimanenti beni di lui, e conseguentemente in una proporzione anche minore. Sicchè l'evizione può imporre l'obbligo di assegnare una novella dote, ma non mai quello della evizione che sotto alcuni rapporti è molto maggiore.

In ogni caso però può dirsi con Cocceo (5), che non deesi estendere una tale Costituzione alle donazioni: giacchè è ben noto quanto particolarmente fosse favorita la dote, e non è lecito tradurre questi speciali favori dalla dottrina della dote a quella delle semplici donazioni.

I medesimi autori dopo essersi per quella Costituzione fissati all'idea, che tutto dipenda dal fatto se la tradizione segua immediatamente la promessa, o l'una sia disgiunta dall'altra, cercarono altre pruove a sostegno della loro opinione, senza fare attenzione, quanto sovente le leggi dichiarano in un modo assoluto il donatore esente da qualunque obbligo, e che la parola *donatio* riferiscesi in pari modo alla promessa ed alla tradizione, alle cose presenti e future, alle promesse fatte *in genere* o *in specie* (6). Ed una di queste pruove fu per quegli autori la L. 46. *de leg.* 1. (30). Poichè

(1) Le parole chiuse fra la parentesi non leggonsi in molti manoscritti.

(2) Promessa unilaterale invece della molto simile ed antica *dotis dictio*. Cujacio, *Ad Ulp.* Fr. T. S. §. 1. (op. T. 1. p. 313) *Com. ad Cod. L.* 5. T. 12. (op. T. 1. p. 213.). Schenk, *dritto della dote prima di Giustiniano*. p. 24. 28.

(3) Glossa, *Ad* 1. *C. cit.* Duarenus, *Ad Tit. ff. de donat.* Franzkius, *Ad Pand.* L. 21. T. 2. nr. 522. Perez. *In Cod L.* 5. T. 12. n. 8. Gifanio, *In Cod ibid. Ad L.* 1. *cit.* Thibaut, *Pandette* §. 450.

(4) Huber, *Prael.* L. 21. T. 2. §. 5. Voet, *ibid.* §. 11. Wernher, *Lect. Comm. ibid.* §. 2. Malbrandt, *Princ.* §. 589.

(5) *Ius civ. cont.* L. 21 T. 2 qu. 7.

(6) L. 2. *pr.* §. 1. 2. L. 9. *pr.* L. 10. L. 12. L. 16. L. 19. *pr.* L. 22. L. 23. L. 27. L. 28. L. 33 *pr* §. 3. 4. 35. §. 1. *de donat.* (39. 5.).

è detto nel precedente Frammento, che l'*heres generaliter dare damnatus* sia obbligato per tutti i vizii occulti, ma che avvenga il contrario, *si certus homo legatus est:* la citata L. 46. aggiunge:

Quae de legato dicta sunt, eadem transferre licebit ad eum, qui vel Stichum vel hominem dari promiserit.

È però manifesto, che qui non trattasi di opposizione fra *dare* e *promittere*, ma fra *genus* e *species*: sicchè un tale Frammento potrebbe al più giovare alla terza opinione, che sarà presa in esame in seguito.

La seconda opinione potrebbesi molto meno giustificare colla L. 75. §. 10. *de V. O.* (45. 1.): nella quale è detto:

Haec stipulatio, fundum Tusculanum dari, ostendit se certi esse, continetque, ut dominium omnimodo efficiatur stipulatoris quoque modo.

Anche qui non scorgesi alcuna distinzione fra *dare* e *promittere*, ma trattasi della sola parola *dare*, la quale si riferisce alla trasmissione della proprietà, nè il frammento riguarda le donazioni, ma soltanto ed in generale le stipulazioni, nelle quali potevasi formolare qualunque contratto oneroso.

Con molta più apparenza di verità si afferma dagli Autori della terza opinione, che il donatore d'una *species* non sia obbligato in caso d'evizione a differenza di quello d'un *generis*, purchè non sieno evitte tutte le *species* del *generis*, che nella donazione fu considerato o indicato come proprietà del donatore. Questi principii sono certo applicabili nel caso di evizione del legato (1), dal quale credesi poter conchiudere alle donazioni sì per quello che è detto nella L. 46. *de leg.* 1. (30), come pure perchè Giustiniano nel §. 2. 1, *de legat.* (2. 20.), afferma, che il legato sia *donatio quaedam a defuncto relicta*, o che sia perciò conseguente, che l'una fosse regolata secondo i principii dell'altro. A queste pruove si aggiungono alcune ragioni astratte, e dicesi: chi dona una *species*, probabilmente non sarebbesi determinato per la donazione, ove avesse conosciuto, che la cosa non gli si apparteneva. Nella donazione per contrario d'un *generis* non può dirsi, che il contratto sia stato occasionato da un errore, ma che l'elezione fu viziosa, ed è quindi giusto, che il donatore soffra la pena di non avere fatta una scelta migliore.

Quest'ultimo ragionamento è però una *petitio princip*i al tutto falsa. Chi promette una *species* appartenente ad altri incorre in una sconsideratezza pari a quella, che commettesi nell'altro caso con una cattiva scelta. E quand'anche volesse ammettersi un fallo minore nell'uno e nell'altro fatto, rimane sempre decisiva contro quel ragionamento l'obbiezione, che il donatore non possa essere mai molestato per una semplice sconsideratezza, e molto meno per quel danno che abbia cagionato fortuitamente, e che la donazione d'una cosa altrui può provenire sì nell'uno che nell'altro caso da colpa o da un caso al tutto fortuito. Sicchè se dovesse ammettersi il principio tanto inconseguente, che per esservi obbligo per il donatore in caso di evizione non sia necessario il *dolus*, vi abbisognerebbero a tal proposito leggi speciali. Ma queste non vi sono: giacchè la L. 46. *de leg.* 1. (30) accenna alle sole stipulazioni, le quali come fu già osservato, possono contenere anche dei contratti onerosi: per contrario nella L. 62. *de aedilit. edict.* (2) leggesi la regola speciale per le donazioni, che il donatore di buona fede non risponda dei vizii occulti della cosa donata. Le parole di Giustiniano, che un legato sia una donazione, in alcun modo non esprimono, che sieno applicabili alle donazioni tutti i principii dei legati. Nella donazione il donatario à a fare col suo benefattore, verso cui è tenuto di gratitudine e di delicatezza: è perciò che non potrà molestarlo per una semplice sconsideratezza nè reclamare contro lui gl'interessi moratorii.

Tutt'altro è a dire dei legati: in questi l'*oneratus* non è egli stesso il benefattore, ma soltanto l'esecutore della volontà di quest'ultimo: è perciò che l'*honeratus* potendo essere accagionato e per sconsideratezza (3) e per la *mora*, dovrebbe dunque anche per quanto riguarda l'evizione essere soggetto ad altri principii. È indubitato ch'egli somministra un dono: ma non essendone egli l'autore, non è quindi necessario

(1) L. 45. L. 46. L. 108. §. 10. *de legib.* 1. (30). L. 3. §. 2. *de legib.* 2. (31). L. 29. §. 3. *de legib.* 3. (32).

(2) L. 11. *ad L. Aquil.* (9. 2.) L. 47. §. 5. L. 53. §. 7. L. 111. § 19. *de leg.* 1. (30.) L. 64 §. 4. *de leg.* 2. (31).

(3) L. 35. §. 1. L. 108. §. 11. *de leg.* 1. (30.) L. 78. §. 2. *de leg.* 2. (31.) L. 3. C. *de cesar. legator.* (6. 47.).

usare con lui alcuna delicatezza. È qui il *cardo rei*. Chi ciò non ammette, dee al tutto rassegnarsi al dubbio.

Se fin' ora non feci parola delle donazioni remuneratorie, ciò avvenne, perchè nel concetto Romano non sono queste vere donazioni, ma altrettanti contratti onerosi (1), e sono quindi assimigliate interamente a questi rispettivamente alla evizione. Se negasi, come fu fatto sovente, una tale identità, sarebbe forza rigettarne anche la conseguenza.

(1) Teofilo, *Paraph.* L. 1. T. 2. *pr.* L. 25. §. 11. *de pet. her* (5. 3.).

TRATTATO OTTAVO

SUGLI EDILI, E SUL LORO EDITTO.

In nessuna parte della storia del dritto Romano occorrono tali e tante difficoltà, quali e quante nella storia delle magistrature di Roma, ed in particolare di quelle, che originaronsi nei primi tempi, dechinarono nei posteriori, e successivamente mancarono. Il più delle volte l'origine di queste magistrature si asconde in un' epoca, di cui gli scrittori storici posteriori non avendo notizie esatte (1), e dovendo pur dire qualche cosa di determinato, era inevitabile che riempissero il vuoto dell'antico periodo con i materiali della storia più recente, ch' erano loro maggiormente a grado. Nei più dei casi la sfera di attività delle magistrature fu in sul principio angusta ed indeterminata, ma il loro potere allargossi successivamente e nel silenzio, senzachè un tale inosservato avanzamento avesse lasciate tracce visibili. Sicchè sovente gli scrittori classici (2) ci balzano dal tempo della debole origine a quello della grandezza di queste magistrature tacendosi degli avvenimenti, che ricongiungono questi due estremi. Rare volte pure si occuparono ad indicare accuratamente la sfera di attività ed i rapporti delle magistrature: giacchè nulla meglio si apprende per giornaliera esperienza, ed è ben facile che lo scrittore storico passi in silenzio quello, per la cui conoscenza non crede, che i contemporanei abbisognassero della sua parola. Ed anche nelle numerose leggi del Codice Teodosiano e Giustinianeo, nelle quali trattasi dei singoli magistrati e dei loro ufficii, non una sola volta trovasi esattamente delineata la sfera di questi: ed in Lydus pure nulla leggesi a tal proposito (3). Anche sull'abolizione delle anticho magistrature della repubblica sotto gl' imperadori stendesi una fitta nebbia. Certo osservasi in generale, che nuove magistrature politiche e cortigiano sostituirono a mano a mano le antiche, prima elevandosi e concorrendo con queste, poi usurpando sopra esse, ed indi predominando. Ma non vi à una sola delle nuove, o delle antiche magistrature repubblicane, della quale si potesse determinatamente descrivere per le prime il succesivo incremento, per le seconde la lenta e graduata decadenza. È vero, che alcuni dei nostri scrittori storici distinguono la storia dello magistraturo in altrettanti periodi comprendendo per esempio, in un solo i grandi cambiamenti da Adriano fino a Costantino: ma chiunque è inchinato ad accogliere per vero solo quello che è sostenuto da pruove storiche, conoscerà, che in questa materia un tal metodo di ridurre a periodi appartiene alla categoria di quei sogni, dei quali non vi à certo difetto in fatto di storia.

Le precedenti osservazioni sono ancora applicabili alla storia degli Edili. Relativamente alla origine di questa magistrura ci giunsero notizie al tutto vaghe e discordanti fra loro. Gellio (4) accenna alla sola origine di essa; parlando dell'anno 260, aggiunge: *istis ferme temporibus tribunos et aediles per seditionem sibi plebs creavit.* Le espressioni di Varrone (5): *Aedilis dictus, qui aedes sacras et privatas procuraret*, e quelle di Festo *s. v.* Aedilis: *aedilis initio dictus est magistratus, qui aedium non tantum sacrarum, sed etiam privatarum curam gerebat*, ci spiegano soltanto la parola, e ci fanno semplicemente conchiudere, che gli Edili furono addetti sulle prime esclusivamente agli edificii. Questo istesso ci danno in parte a conoscere le seguenti parole di Pomponio (6):

(1) Livio L. 6. c. 1.

(2) per esempio Livio, L. c. 8. *Idem hic annus censurae initium fuit, rei a parva origine ortae, quae deinde tanto incremento aucta est, ut morum disciplinaeque Romanae penes eam r gimen, senatus equitumque centurias, decoris dedecorisque discrimen sub ditione ejus magistratus essent.*

(3) L. Lydus, *De magistr. reipubl. Romanae, libri tres.*

(4) *Noct. Attic.* L. 17. c. 21.

(5) *De lingua latina* L. 4. c. 14.

(6) L. 2. §. 21. *de orig. jur.* (1. 2.)

plebs — tribunos sibi in monte sacro creavit. Idemque ut essent, qui aedibus praeessent, in quibus omnio scita plebs deferebat, duos ex plebe constituerunt, qui etiam oediles appellati sunt. Per contrario molto più esteso sarebbe il potere degli Edili plebei secondo il testimonio del dottissimo fra gli storici Romani (1): il quale ci racconta quanto segue: *petierunt (plebei) praeterea a senatu, ut sibi permitteret, ut duo de plebe quotannis crearent, qui tribunis ministrarent ea omnia, quibus indigerent, et de causis, quae eorum arbitrio permissae essent, judicarent, et sacrarum aedium, et publicorum locorum et onnonae curam gererent. Hac quoque re a Senatu impetrata, crearunt quosdam, quos ministros tribunorum plebis, et collegas, et judices oppellabant. Nunc tamen patrio Romanorum sermone ab uno officio, quo funguntur, vocantur sacrarum aedium curatores, et potestatem alterius magistratus ministrom, ut antea, habent. Multae autem et magni momenti res illis committuntur, et quodammodo plurimis in rebus similes sunt eis, qui apud Graecos agoranomi vocantur.* Quasi uniforme al precedente è il seguente brano di Zonaras (2): *ac tribunorum potestas hunc ortum habuit, quibus duo oediles sunt adjuncti, quorum ministeriis ad literas uterentur. Qui quum omnia decreta, omnia plebicita et senatus consulta acciperent, nihil eos eorum omnium, quae agebantur, latebat. Olim igitur his de causis, dicundique juris ergo creabantur. Post autem cum olio rerum venalium forum iis, commissum; unde o Groecis ogoranomi vocantur.* In tutti questi luoghi non è detto ch' essi curassero per i pubblici giuochi; ma Livio (3) ne parla, quando racconta, che nell'anno, nel quale per la prima volta furono nominati i Pretori, non volendo gli Edili plebei attendere ai *ludos maximos*, furono nominati per questo ufficio due Edili curuli fra i Patrizii. Pomponio per contrario dice (4), essere ciò avvenuto, *ut oliquo plures patres haberent*, senza per altro assegnare alcuna differenza fra gli Edili plebei ed i curuli. Del resto ci è noto solamente, che gli Edili intendevano a molti altri speciali uffieii di polizia, dei quali sarà particolarmente parola in seguito come pure è a nostra conoscenza, che per il provvedimento del grano furono loro aggiunti sotto Cesare gli *Aediles Cereales* (5); che gli Edili plebei e curuli continuarono fino al terzo secolo dell' impero, e da quel tempo mancarono, e mancar dovevano, giacchè le novelle dignità imperiali e particolarmente il *praefectus urbis* con i suoi sotto ufficiali occuparono l' intera polizia (6); e che gli Edili furono in pari tempo istituiti anche nei municipii, nei quali tutto modellavasi sull' esempio Romano (7).

L' opinione comune dei nostri scrittori sul rapporto degli Edili plebei e curuli, si è, che a questi ultimi erano commessi gli uffici della più alta ed onorevole polizia, e che i primi per contrario erano altrettanti agenti dei tribuni, curando solo quello ch' eravi di più basso nella polizia (8). Con questa differenza si pretese spiegare, perchè si fa menzione dei soli Editti degli Edili curuli, e non di quelli dei plebei (9).

Alcune parole di Cicerone (10) sembrano aver data occasione a così opinare. Parlando questi della sua elezione all' ufficio di Edile curule, osserva, che con ciò il popolo Romano lo gravi di troppo, commettendogli la vigilanza d' una serie d' importanti feste popolari, la *procuratio sacrarum oedium, totam urbem tuendam*, sebbene glie ne risulti moltissimo onore e considerazione. Da questo non è però addimostrato, che gli Edili plebei non fossero anch' essi chiamati ad importanti uffieii, o non potessero par-

(1) Dionig. Alicarnasso, L. 6. c. 90.
(2) *Annal.* L. 7. c. 16.
(3) L. 9. c. 42. L. 7. c. 1.
(4) L. 2. §. 32. *de orig. jur.* (1. 2.).
(5) Einnecio, *Histor. jur*, T. 1. §. 56.
(6) Tacito, *Ann.* L. 1. c. 3. L. 13. c. 28. Svetonio, *Tib.* 34. *Claud.* 38. *Vesp*, 6. Dion. Cassio L. 59. p. 459. Plinio, *Epist.* L. 8. n. 23. Capitonino Gordian §. Ottone, *De aedilib. colon.* c. 7. §. 10 11. Ritter, *Ad Heinnecius hist. jur.* §. 75.
(7) Cicerone, *Ad divers.* L. 13. *ep.* 11, L. 30. §. 1. *loc.* (19. 2.) L. 2. C. *si serv. aut. libert.* (10. 32.) Ottone, l. c. Sigonio, *De antiquo jure Italiae* L. 2, c. 3. 8. Panciroll., *de magistr. municip.* (*in Graevii Thes. ant. Ron.* T. 3.) T, Wasteau, *De jur. et jurisdictione municipiorum.* (in Oelrichs Thes. Diss. v. 11. T. 2.).
(8) Hottomanno, *De mag.* L. 1. *pr.* Ritter, ad *Heinnecius* l. c. §. 54. T. G. Einnecio, *Ad Edictum aedilitium florum sparsio.* c. 1. §. 11. Bach, *Hist. jur.* p. 81. forse anche Hugo, *storia del dritto* p. 146. 167. Riconoscesi una differenza ma vagamente da Lyklama e Perizonio, *De ordinariis et senatoriis Romanor. magistr.* cap. 5. in Oelrichs. Thes *Diss. jur. select.* Una diss. che io avrei volentieri consultato e che non mi venne fra le mani porta per titolo T. G. van Alphen, *De different inter aediles plebis et curules Romanorum.*
(9) Ritter l. c. §. 54.
(10) Cicerone, *In ver. Act.* 2. L. 5. c. 14.

tecipare a quelli, ch'erano proprii degli Edili curuli: piuttosto il contrario ci è pruovato dai riportati brani tratti da Dionigi e Zonaras. Anche dall'analogia dei Pretori potrebbesi dedurre, che in tal modo di ragionare è molto erroneo. È noto, che il *Praetor urbanus* era quegli ch'era tenuto in maggiore considerazione fra tutti gli altri pretori, donde pure il suo nome *Praetor major*: e nondimeno la sua *jurisdictio* non era quantitativamente maggiore di quella del *praetor peregrinus*. Nè la poca importanza degli Edili plebei seguirebbe dal fatto, ch'essi non erano noverati al pari dei curuli fra i più eminenti magistrati. Questo stesso potrebbesi anche osservare dei tribuni del popolo, colla cui onnipotenza non potrebbesi certo pareggiare il potere degli Edili curuli. E pure divenne predominante presso i nostri dotti l'idea, che gli ufficii degli Edili curuli entrassero molto innanzi a quelli degli Edili plebei, dovendosi questi limitare a provvedere soltanto alla bassa polizia, e molti fatti furono falsati per seguire una tale idea. Così per esempio, leggonsi nelle Pandette tre frammenti, i quali relativamente alla polizia delle strade, del mercato e del traffico parlano indistintamente degli Edili senza differenziare i curuli dai plebei (1): e nondimeno pretendesi che tali parole debbansi rapportare all'una specie o all'altra degli Edili. Einnecio vi sottintende la parola *curulis* (2), mentre Ritter (3) opina, che quei frammenti sieno riferibili agli Edili inferiori, giacchè in essi è parola soltanto della bassa polizia. Quest'ultimo accagiona Einnecio d'essersi determinato *ingongitanter*, perchè rapporta agli alti Edili curuli un ben noto brano di Plauto (4), nel quale *Ergasilus* si adira contro i moltiplici abusi della polizia e particolarmente si querela della vendita di pesci putridi. E pure l'esclamazione. ***Eugepae, edictiones aedilitias hic habet quidem!*** afforzata dall'osservazione, che non conservasi memoria alcuna degli Editti degli Edili plebei, è una buona ragione a favore della opinione di Einnecio: potrebbesi anche aggiungere contro la pretesa inferiorità degli Edili plebei, che nello Stato Romano nessun'ufficio avevasi per inferiore, quando serviva al pubblico bene (5), e che i più ragguardevoli Romani si mostrarono sempre pronti ad adempiere al ministero d'un Edile plebeo.

È mio avviso, che relativamente all'obbietto vi fosse poca o niuna distinzione fra le due specie di Edili, partecipando tutti alle medesime cure secondo la differenza di tempo e di luogo; come avveniva in qualche modo anche in Atene (6). Molto meno si potrebbero considerare gli Edili plebei come magistrati addetti ad ufficii inferiori, quando pure nella loro origine si fossero limitati soltanto a servire ai tribuni del popolo. Le mie ragioni sono le seguenti.

1) Le citate autorità di Dionigi e di Zonaras. Queste ci fanno conoscere gli Edili plebei, non come addetti a futili ed inferiori provvedimenti, ma come magistrati importanti e con un potere sempre più crescente.

2) In nessun classico queste magistrature trovansi distinte ed in opposizione fra loro, come si avvisarono fare gli scrittori moderni. Che anzi appunto dove i nostri dotti credono scorgere una differenza fra gli Edili distinguendo gl'inferiori ed i superiori (7) parlasi di essi in un modo generale, e senza distinguerli. Questo pure osservasi nei tre citati frammenti delle Pandette, ai quali sarei inchinato ad aggiungere come quarto la molto dubbia L. *un. de via publica* (43. 10), quante volte potessi farmi persuaso, che in essa si accenni agli Edili di Roma; ma ciò non è: secondo il testo originale Greco il frammento è tratto da un'opera di Papiniano, nella quale non trattavasi degli Edili Romani, o come ancor peggio è tradotto nei manoscritti, degli *aedilibus curulis* (8), ma dei provveditori superiori delle strade nelle città Greche, i quali o debbonsi indicare colla parola Greca, o al più denominare Edili municipali (9). Anche l'o-

(1) L. 12. 13. *de peric.* (18. 6.) L. 13. §. 8. *locat.* (19. 2.) L. 12. *de decur.* (59. 2.).

(2) *Diss. cit.* cap. 1. §. 12.

(3) L. c. §. 54. 56. 75.

(4) *Captivi*, *Act.* 4. Sc. 2.

(5) Seneca, *Epist.* 36: *Nam hoc quoque nobilissimi Aediles fungenbantur officio, intrandi ea loca, quae populum receptabant, exigendique munditias, et utilem et salubrem temperaturam.*

(6) Petitus, *Comm. in leg. Att.* L. 2. T. 2. n. 253. (*In Heinnecius jurispr. Rom. et Attic.* T. 3. p. 337.).

(7) Dion. Cassio, L. 54. Livio, L. 8. c. 22. L. 9. c. 40. Svetonio, *Tib.* 34. *Claudio* 38.

(8) Gentile, *De lib. jur. civ.* c. 2.

(9) Cujac. *Obs.* L. 22. c. 31. Panzirolius, *De mag. mun.* c. 11. 19. *Ottor.* L. c. cap. 9. §. 7. Idem, *De tut. viar.* P. 2. c. 3. Brenkmann, *De leg. inscript.* §. 19. (*in* Wielling *Iurispr.* rest. T. 2. p. 166, 167.) Wieling, *Lect. jur. civ.* L. 2. c. 17. Arnaud, *Conject.* L. 1. c. 18. Mazochi, *Ad Tab. Eracl.* p. 485. e seg. A. Guadagni, *Ad Graeca pandectarum dissertationes* p. 201. Molti nondimeno riferiscono il frammento agli Edi-

riginale Greco afforza una tale Idea, ed è un artifioso ritrovato quello di *Conradi* (1), quando afferma che Papiniano, il quale usava scrivere in latino avesse in questa occasione adoperato l' idioma greco nel solo proposito di dare a conoscere, che le istruzioni da lui scritte per gli Edili Romani erano modellate sull' esempio delle città Greche. Giacchè chi scrive nel luogo della sua residenza e per gli ufficiali di questa, i quali sovente non comprendono un idioma provinciale, sarebbe quasi stolto, quando non si esprimesse in un modo intelligibile a coloro, ai quali immediatamente parla.

3) Nel suo trattato sull'ideale d'una buona costituzione civile Cicerone noverandone i necessari magistrati dice: *suntoque aediles curatores urbis annonae, ludorumque solennium* (2), senza distinguere gli Edili curuli dai plebei, o gli ufficiali di polizia superiori degl' inferiori. Potrebbesi invece obbiettare, che qui trattasi solamente d'un ideale: ma è ben noto, che nell' intero trattato *de legib.* si accenna quasi sempre alle leggi Romane, e questo manifestamente avveniva nei più minuti particolari anche nell' ordinamento delle magistrature: ed è perciò che Cicerone dopo la lettura della immaginata *lex* fa dire a suo fratello: *quam brevi, frater, in conspectu posita a te est omnium magistratuum descriptio; sed ea paenes nostrae civitatis; etsi a te paulum allatum est novi.* E Cicerone vi conviene, essendo un tal punto nel più saggio modo determinato dagli antenati. Quando vi fosse stata una differenza fra l' alta e la bassa polizia Cicerone non avrebbe passata in silenzio una distinzione sì importante ed in qualche modo anche pericolosa.

4) Noi abbiamo pruove certe che tutti gli Edili dessero opera indistintamente alle medesime funzioni. Occorrono commissioni del Senato e dei Consoli affidate sì agli Edili plebei che ai curuli (3). Troviamo pure, che questi e quelli provvedevano per la copia del frumento, e facevano la distribuzione dei frutti (4): ordinavano e regolavano i pubblici giuochi, sebbene fossero distinti in classi, giacchè curavano per i *ludi maximi* gli Edili curuli (5): e che i plebei al pari di questi custodivano i premj, e statuivano le pene di polizia (6). Nel plebiscito trovato sulla Tavola di Eraclea sulla polizia Romana, e sulla costituzione municipale, è determinatamente statuita la parte degli ufficj di ciascuno di questi magistrati seguendo la differenza dei luoghi.

Secondo la traduzione di Hugo (7) il brano esprimerebbe: che gli *aediles curules et aediles plebis*, che presentemente vi sono, o che dopo questa legge saranno nominati, dovranno nei cinque giorni da una tale nomina convenire fra loro, in quale parte della città ciascuno di essi abbia a dare opera, perchè si formassero, o migliorassero le pubbliche strade nella città di Roma o nella lontananza di.... passi da questa. Qualunque parte avesse potuto sortire ogni Edile secondo questa *lex*, aveva egli a provvedere alla formazione e conservazione delle strade in quei luoghi, che erano compresi in quella parte. Per quanto riguarda la polizia e particolarmente quella del mercato l' immensa estensione di Roma ed il piccolo numero degli Edili rendeva assolutamente necessaria la partizione delle cure a seconda dei differenti distretti.

Soltanto in tal modo è possibile spiegare, perchè non è menzione degli Editti degli Edili plebei, anche quando parlasi in generale di Editti (8). Ordinariamente tutte le autorità Romane in qualche modo importanti rilasciavano Editti sulle loro funzioni attive (9): e perchè gli Edili plebei dovrebbero avere sotto un tale rapporto diritti minori? La comune risposta, ch'essi abbadavano soltanto alla polizia inferiore, non è soddisfacente. Quand' anche ciò fosse, e ch' essi vigilassero solamente per la polizia del mercato, per il peso e per la qualità delle mercanzie, i loro *edicta perpetua* erano più necessarj, che per qualunque altra magistratura.

Il popolo del mercato sì vario, giacchè là convenivano gli abitanti delle diverse parti del mondo, e dileguavansi pure celeramente, poteva essere meno di ogni altro regolato da ordinanze a voce, essendo per

li Romani. C. Conrad. *Fragmentum leg. ant. de recensu populi etc.* §. 6. Stockmann, *Ad Bach.* p. 487. not. x.

(1) Eod. p. 388. not. c.

(2) *De legib.* L. 3. c. 3. 4.

(3) Livio, L. 4. c. 30. L. 39. c. 14.

(4) Plinio. *Hist. nat.* L. 15. c. 1. L. 18. c. 3. Spanhemius, *De usu et praest. numism. Diss.* T. 2, p. 143. e segu.

(5) Livio; L. 27. c. 6. 21. L. 28. c. 10. L. 33. c. 42.

(6) Livio, L. 33. c. 42. Tacito, *Ann.* L. 13. c. 28. Reinesius, *Inscr. Class.* IV. n. 3.

(7) Mag. Civ. v. 3. p. 353. 354.

(8) §. 7. t. 1. *De jur. nat.* (1. 2.) Teofilo, *parahp. ibid.*

(9) G. Einnecio, *Hist. Edict.* L. 1. c. 4. 8.

una tale polizia più che per qualunque altra necessarj regolamenti certi e generalmente conosciuti. Quando dunque si ammette, che gli Edili avevano indistintamente una medesima autorità diversa soltanto per tempo e per luogo, tutto sarebbe chiarito. Una unità nelle regole era indispensabile: vi doveva dunque essere un solo Editto degli Edili per tutti i distretti: ed era ben malagevole che questo potesse esser formato dal concorso di tutti gli Edili: più sono i votanti maggiore è la confusione e la lentezza, ed era pur difficile, che gli Edili curuli fieri d'una posizione superiore avessero ammessi gli Edili plebei nella formazione dell'Editto ad un voto pieno. Ritenendo dunque che a ciò davano opera gli Edili curuli, e che i plebei ne curassero l'attuazione nel loro distretto, la difficoltà sarebbe risoluta nel modo più semplice.



TRATTATO NONO

SUL PRINCIPIO: *NEMO PRO PARTE TESTATUS, PRO PARTE INTESTATUS DECIDERE POTEST.*

È omai indubitato, che i Romani seguivano ordinariamente il principio che la successione testamentaria escludesse interamente l'intestata, e che si accresca all'erede testamentario tutto quanto di cui il testatore non abbia disposto, o che non fu potuto o voluto adire dai coeredi (1). Alcune parole di Cicerone ci danno pure a conoscere, che quella regola era un antico principio (2), che riportavasi fino ai tempi delle XII. Tavole. Ci resta solo ad investigare, quale ne fu la fonte, se una legge speciale, o l'interpetrazione, e per quali motivi originavasi. Sulla prima quistione ci mancano i testimoni storici e tutto quanto fu ventilato a tal proposito, non è di alcuna importanza: sulla seconda occorrono nelle leggi alcuni cenni, che si potrebbero considerare come altrettanti indizii del motivo determinante di questa regola: nondimeno questi sono sì indeterminati, e tanto poco consuonano fra loro, che i nostri comentatori del dritto si rassegnarono infine alle semplici congetture (3). Di queste abbiamo una serie alquanto lunga; ed a sostegno di esse furono adoperate negli ultimi tempi i principj della più recente filosofia Tedesca (4).

I due frammenti principali delle Pandette appartengono a Pomponio ed a Papiniano (5). Il primo dice:

Jus nostrum non patitur eumdem in paganis (6) *et testato et intestato decessisse: earumque rerum naturaliter inter se pugna est, testatus et intestatus.*

L'ultimo per contrario in occasione d'un testamento rescisso parzialmente, dovendosi ammettere in parte la successione testamentaria ed in parte la testata, osserva:

Credimus eum legitimum heredem pro parte esse factum, et ideo pars hereditatis in testamento remansit. Nec absurdum videtur, pro parte intestatum videri.

I più degl'interpetri seguirono l'idea di Pomponio, e si pruovarono a giustificarla con ragioni astratte e con motivi giuridici, e per giustificare l'opinione di Papiniano ricorsero alla finzione, che la legge supponga nel mentovato caso l'esistenza di due eredità (7), o credettero trarsi di difficoltà distinguendo fra uno *pro parte intestatus ab initio, et ex post* (8), senza potersi comprendere, perchè quegli *ex post* dovesse essere trattato più dolcemente di quello *ab initio*, particolarmente quando si fa attenzione, che i Romani applicavano il riportato principio anche nel caso di rinunzia d'un erede testamentario. Il modo più comune d'intenderlo, ed anche recentemente difeso in uno dei più moderni scritti (9), è il seguente: l'erede come tale è un *successor in universum jus defun-*

(1) §. 5. 1. *de her. inst.* (2. 14. L. 15. §. 2. *De inoff. test.* (5. 2). L. 6. 37. *de test. mil.* (29. 1.) L. 39. *de acqu. her.* (29. 2.) L. 7. *de R.* 1. (50. 17.) L. 1. 2. C. *de mil. test.* (6. 21.).

(2) De inventione, L. 2. c, 21. *Supponatur enim ab heredibus haec ratio: unius enim pecuniae plures, dissimilibus de causis, heredes esse non possunt, nec unquam factum est, ut ejusdem pecuniae alius testamento, alius lege heres esset.*

(3) Markart, *Interpr.* L. 2. c. 24. G. Haubold (resp. 1. F. Hermann) *de causis, cur idem et testato et intestato decedere non potest.* (in Klüber, *piccola biblioteca giuridica.* 1, p. 20. 23.

(4) Zachariä, *Sulla trattazione scientifica del dritto Romano*, p. 28. e segu.

(5) L. 15. §. 2. *de inoff. test.* (5. 2.) L. 1. *De R.* 1. (50. 17).

(6) L'espressione *in paganis* non si riferisce, come Accursio opina al *pagana bona*, ma ai *paganos homines*, Cujacio, *Comm. ad Tit. de R.* 1. *ad* L. 4. *ibid.* (*op.* T. 8. p. 662).

(7) Fabro, *Error. pragm. Dec.* 49. *er.* 1.

(8) Glossa, *Ad* §. 5. 1. *de her. inst.* (2. 14.) Cujacio, *Quaest. Papiniani.* L. 14. ad L. 15. §. 2. *de inoff.* (*op.* T. 4. p. 369). Idem, *Comm. ad Tit. de R.* 1. *ad* L. 7. *ibid.* (Op. T. 8. p. 662).

(9 Reichhelm, *Saggi d'interpetrazione delle leggi dubbie* p. 215. 216.

cti, e quando non è associato ad alcun altro coerede, à un dritto sulla intera massa, essendo questa un insieme indivisibile, una *universitas juris*. Con simiglianti *melodie et petitionibus principii* fu tentato sovente chiarire alcune regole particolari del dritto Romano; ma quì il circolo è troppo evidente. Giacchè trattasi appunto di spiegare, perchè riconoscesi nell'erede testamentario il dritto di prendere tutta l'eredità, anche quando ciò non fu detto dal testatore istesso, e perchè in tal caso non gli si associa piuttosto come coerede l'erede intestato? È certo nel concetto di erede il *succedere in universum jus*; questo medesimo concetto non importa però, ch'egli debba prendere l'intera eredità, giacchè vi possono essere molti eredi; ma significa soltanto che l'erede è un successore in *activis* e *passivis*, distinguendosi in tal modo dal legatario, che succede solamente negli *activis*. Deesi pure osservare, che l'indivisibilità ereditaria significa, che l'erede nella sua *rata* non possa disgiungere l'*activa* dai *passivis*, ma non deesi dedurne che la massa non possa essere spartita per differenti titoli. Se ciò fosse, non sarebbe stata possibile alcuna parziale rescissione d'un testamento, che pure ammettesi in molti casi, e molto meno il concorso della successione testamentaria ed intestata nella eredità d'un soldato; nei quali casi i Romani non trovavano alcuna cosa ad opporre (1).

Altri autori persuasi della nullità d'una tale spiegazione, si pruovarono a cercare la ragione di quel principio in motivi al tutto esterni. Quattro sarebbero secondo Haubold (2) i motivi, che l'avrebbero occasionato: 1) perchè non si avessero due legislatori sulla medesima materia: 2) perchè le *sacra privata* non fossero divise fra due differenti eredi: 3) chè nel *testamento per aes et libram* l'intera famiglia essendo obbietto della *mancipatio*, e questa come *actus legitimus* non soffrendo alcuna determinazione di tempo, per conseguenza niuno avrebbe potuto morire *testatus et intestatus* secondo la differenza del tempo, ed infine: 4) perchè volevansi favorire in generale i testamenti a danno degli agnati. Nondimeno nessuna di queste ragioni mi sembra spiegare in menomo modo il mentovato principio, nè la loro combinazione ne accresce l'importanza. Alla prima ragione potrebbesi opporre quello che trovasi già accennato dai Glossatori fondandosi questi sulla L. 7. §. 6. *de pact.* (2. 14.), ossia, perchè non sarebbe possibile, che una regola essendo cambiata in parte, rimanga per tutto il resto la medesima? Havvi collisione di leggi, solo quando vi sieno ordinamenti diversi e fra loro opposti sopra un medesimo obbietto. Ove una novella legge produca una innovazione parziale, tutto il rimanente sarà regolato dalla legge anteriore, e l'una e l'altra saranno conciliabili. I Romani non concepirono mai come impossibile, che si desse al donatario quello che gli si era promesso in caso di morte rilasciando il resto all'erede legitimo, e che tutti i rapporti provvisoriamente regolati dalla legge non potessero essere modificati dall'arbitrio privato senza che fosse necessario annullarli interamente. Può anche opporsi quello che dice Ulpiano (3): *lege obveniре hereditatem, non improprie quis dixerit et eam, quae ex testamento defertur: quia lege XII tabularum testamentariae hereditates confirmantur:* sicchè sì i testamenti che la successione intestata si fondano in realtà sulla medesima legislazione. Il secondo motivo mi sembra puro di nessuna importanza. Giacchè ammettendo sempre i Romani una moltiplicità di eredi, le *sacra privata* avrebbero generata nella loro trasmissione una qualche difficoltà, solo in quanto non fosse ancora definita la quistione, se dovessero essere continuati da tutti gli eredi, o soltanto da alcuni. Ma se avevasi in pronto la risposta a questa quistione nel caso, in cui concorrevano più eredi testamentarj o intestati, bastava a rimuovere qualunque difficoltà applicare i medesimi principj in quello, in cui gli uni e gli altri dividevano la medesima eredità. Ed era anche naturale pensare dell'agnato, ch'egli avrebbe continuato le *sacra* più volontieri d'un estraneo erede testamentario. Sulla terza ragione deesi osservare; che la natura della *mancipatio* non vieta, che non si potesse applicarla ad una sola parte dell'eredità: essendo alienabili per *mancipatio* le cose corporali ed incorporali, lo potevano certo anche le parti d'un tutto. Si arroge, che il testatore nel *testamento per aes et libram* poteva apporre alla sua volontà quelle limitazioni, che più gli erano a grado. Non comprendesi inoltre, come possa ammettersi una differenza di tempo, quando un testatore rimettendosi per una parte della sua eredità alla legge, dichiari per l'altra la sua volontà: in entram-

(1) L. 6. 37. *de test. mil.* (29. 1.) L. 1. 2. C. *eod.* (6. 31.).

(2) *Diss. cit.* §. 7. 10.

(3) L. 130. *de v. S.* (50. 16.).

bi i casi, sebbene la causa della trasmissione sia differente, vi à però compiuta eguaglianza per il tempo. Del resto perchè per una credità il tempo della trasmissione non potrebbe essere vario? i Romani concedevano, che si potesse istituire un erede assolutamente ed un altro con condizione, o da un giorno indeterminato. Io sarei infine inchinato a riconoscere un certo peso alla quarta ragione, quando fosse presentata nel seguente modo: chi non fa menzione dell'erede intestato nel testamento dà abbastanza a dividere di non averlo a cuore: e perchè è del vantaggio dei creditori, che non resti alcuna parte *vacans* della massa ereditaria, e l'erede testamentario può vantare un segno certo del buon volere del testatore verso di lui, è quindi più naturale aggiungere a lui tutto quanto rimase o rimane vacante. Nondimeno un tal modo di raginnare non consuona collo spirito del dritto Romano; giacchè non applicavasi al testamento militare la regola: *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*: e pure appunto in un tale testamento seguivasi tutto quanto l'equità e la ragione dettava. Del resto quello che vi è di vero nella quarta ragione non decide la nostra quistione. Giacchè sebbene i Romani ammettessero molte eccezioni a danno degli agnati come lo prnova la dottrina della *tutela legitima* e della *substitutio pupillari*, pure ogni cittadino aveva la piena libertà di chiamare i suoi parenti alla successione intestata: sicchè rimane sempre a deffinire la quistione, perchè non dovessesero essi avere cosa alcuna, quando il testatoro si fosse limitato a sottrarre loro col suo testamento soltanto una parte della eredità.

Quando si consideri, come fu già osservato, che nei testamenti militari, nei quali si seguiva illimitamente la legge naturale, ammettevasi il concorso della successione testamentaria ed intestata, e che ciò era considerato come non al tutto irragionevolo da uno dei più grandi giureconsulti, che distinguesi per verità e profondità di opinioni, è forza convenire, che in questa, come in molte altre occasioni il motivo della riportata regola à qualche cosa di puramente fortuito o positivo. Certo i nostri giuristi furono sempre alieni dall'ammettere un tal modo di spiegazione, amando meglio risolvere ogni problema con ragioni astratte e filosofiche. Ma appunto perciò il dritto Romano fu falsato più di quello, che oggi giorno credesi. I giureconsulti Romani, come i moderni ed anche più di noi, erano semplici comentatori. Al Romano era particolarmente sacro tutto quanto era antico: e l'antica republica viveva nella legge e nella parola di questa d'un modo, che non riesce a noi facile concepire. I meriti dei classici giureconsulti Romani non consistevano come per molti dei nostri nel dominare le leggi con una filosofia tutta individuale, formolando il dritto positivo secondo creazioni proprie ed astratte, ma nel penetrarne i principii speciali con un acume, ed ingegno, che non avranno mai gli eguali, e letteralmente svolgendoli nei loro più particolari elementi. Se tutte le basi positive della loro legislazione fossero state concepite con capacità veramente legislativa; la scienza del dritto sarebbe addivenuta nelle mani dei classici giuristi un ideale di quanto vi ha di più eccellente. Ma appunto quelle basi erano il più delle volte difettose. L'arte di concepire compiutamente e con semplicità una legge, ed averne presenti i casi ordinarj e straordinarj non può essere che il prodotto d'un lungo esercizio, e di una elevata civiltà. È percio che le leggi dei popoli barbari sono certo semplici ed energiche ma raramente concepite in tutta la necessaria estensione: e quando non venga in soccorso la legislazione posteriore con un incremento di esperienza e di civiltà, i risultati dell'interpetrazione rimarranno sempre (come vedesi oggi giorno in Inghilterra) freddi e sterili. Ora è ben noto, quanto poco i Romani, particolarmente nei tempi primitivi pensassero alle delicate distinzioni, o ai casi straordinarii, o come il più delle volte decidevasi secondo il bisogno del giorno. Un esempio molto conosciuto ci porgono la *lex Aquilia col suo damno corpore corpori dato*: la limitazione dell'*actio de pauperie* agli animali quadrupedi: la *lex falcidia*, che non prevedeva il caso, che un erede oltre la porzione ereditaria potesse anche ricevere qualche cosa di particolare, e la dottrina sotto tanti rapporti difettosa della *tutela* e *cura legitima*, quale leggesi nel XII Tavole. Quando è possibile riempiere il vuoto di queste leggi logicamente estendendole, giova certo l'interpetrazione: in caso contrario colla più grande capacità giuridica è forza arrestarsi al significato della parola: e questa tendenza una volta presa, fu seguita anche sotto gl'Imperadori. Ci si porge come esempio l'inammissibilità della *successio graduum* nella successione intestata. Gli autori delle XII Tavole ricorsero col pensiero al solo caso ordinario, che l'agnato istituito accettasse l'eredità, e perciò credarono bastante

chiamarvi il solo *proximus agnatus:* sicchè nessuna interpetrazione poteva creare una *successio graduum*, e fu sempre inammessibile, finchè Giustiniano non pose un termine ad una tale incongruenza. Un esempio ancor più manifesto, e che si affà molto bene al nostro proposito ci si porge nel rapporto fra il *tutor legitimus* e *testamentarius*. Il caso ordinario si è, che il *tutor testamentarius* immediatamente accetti o rinunzii: ma è pure possibile ch'egli non lo possa per un determinato tempo; gli Autori delle XII Tavole non vi abbadarono, e fu quindi necessario provvedervi colla nomina d'un *tutor dativus*. Una tale limitazione di comprensione può pure essere stata la cagione, perchè le XII Tavole, o le leggi anteriori ripetute in queste ordinassero che l'agnato dovesse ereditare, quando il defunto moriva intestato senza lasciar *suos:* e pure una tale limitazione cadeva qui molto più in acconcio, che in molti altri casi. Giacchè è naturale che chi intende testare, e vi si mette all'opera, prenda ad obbietto della sua disposizione tutta la sua proprietà, e quando non lo faccia, può dirsi, che sia ciò della parte sua una capricciosa stranezza. Ma tali stranezze sono prese in considerazione dalla scienza del dritto solo quando questa sarà compiutamente svolta nei particolari, sicchè doveva in questo come in molti altri casi avvenire, che l'interpetrazione disgiunta da una vera capacità legislativa si arrestasse agli sterili risultati dell'antico dritto. Dove l'intelligenza del giurista potè spaziare più liberamente, come nel testamento militare, fu anche seguita più liberamente la ragione. Avvenne perciò in questa come in molte altre occasioni, che per gli antichi rapporti fu conservato l'antico dritto colla sua interpetrazione, ma le nuove leggi furono meglio modellate sulla ragione e sulla equità.

Sicchè non farà meraviglia, che Pomponio, che per capacità giuridica non può essere pareggiato a Papiniano parli d'una contradizione naturale fra la successione testamentaria ed intestata, stantecchè sì egli che Trifonio (1), essendo semplici comentatori, avrebbero dovuto soltanto parlare della necessità di seguire la regola positiva del dritto. Quello che in uno stato è costantemente osservato per più secoli, si converte facilmente in verità incontestabile per un giurista ordinario. È pure noto, che nessun popolo più dei Romani ebbe mai in più alto onore l'antico dritto, e ch'essi ebbero particolarmente per le XII Tavole un rispetto, che sentiva quasi della superstizione.

Per queste ragioni io opino, che Leibniz (2) abbia divinato meglio d'ogni altro il vero, quando afferma: *Digestorum opus, vel potius auctorum, unde excerpta sunt, labores admiror, nec quidquam vidi, sive rationum acumen, sive dicendi nervos species, quod magis accedat ad mathematicorum laudem. Mira est vis consequentiarum, certatque ponderi subtilitas. Quanquam non ideo conclusiones semper probem, quae semper ducuntur ex quibusdam veteris persuasionis apicibus, opinione consecratis, veluti quod nemo possit pro parte testatus intestatusque decedere, quaeque alia sunt id genus multa, non aequitatis, sed formulae partus.* Avrebbesi dovuto soltanto aggiungere, che i migliori classici dei tempi posteriori non lasciaronsi il più delle volte determinare da una semplice predilezione per le antiche sottigliezze, ma dalla necessità, che s'impone sempre irresistibilmente al giurista pratico, quante volte la legislazione lascia intatte antiche leggi difettosamente concepite, o à fissate formole certe. Nessuna capacità pensante giuridica vorrebbe ora giustificare il tradizionale formolario dei notari, e pure lo sarebbe forza applicarlo rigorosamente, quando avesse ad adempiere praticamente all'uffizio di notajo.

(1) *L.* 19. §. 2. *de castr. pec.* (49. 17.)
(2) *Epist. ad Kestnerum* nr. 1. op. ed. Dutens, T. 4. pr. 254.

TRATTATO DECIMO

ELEMENTI PER UNA TRATTAZIONE COMPIUTA DELLA DOTTRINA DEL CONCORSO DELLE AZIONI CIVILI.

La dottrina del concorso delle azioni in generale, e delle civili in particolare, la quale ultima forma l'obbietto di questo trattato, è certo una delle più difficili, come sempre e sovente con forti querele lo deltero a divedere gli scrittori (1). Da ciò pure si comprende, perchè gli Autori del novello dritto Francese abbandonarono questa dottrina interamente alla scienza, dimodochè incorrendo il giudice in errore, come è quasi inevitabile, non potrebbe farsi rimprovero al legislatore d'avere errato: ed inoltre v'à qualche cosa di liberale nel concetto di rimettersi interamente *au bon sens*, ove per contrario soggiacevasi prima al peso di tante e sì miserabili sottigliezze. La causa principale delle difficoltà si è, che per trattare questa dottrina il più compiutamente possibile, sarebbe necessario distinguere una moltitudine di casi, mentrechè per contrario i nostri giuristi usano distinguere solo quando non importa il farlo, o non può farsene a meno, ma lasciano il rimanente nel bujo, o si limitano ad indicare i soli così detti casi principali, quando scontrandosi principj diversi, sarebbe necessaria una moltiplice e logica distinzione. Particolarmente il dritto Giustinianeo per la poco felice compilazione fu l'occasione principale di molte difficoltà. Se gli Autori di esso ci avessero conservato il classico trattato di Paolo *de concurrentibus actionibus* nelle sue parti principali ed in una connessione logica, sarebbe stato facile coordinarvi tutto il resto: ma soltanto due brevi e staccati Frammenti furono inseriti nelle Pandette (2). Il rimanente consiste in proposizioni numerose, sconsideratamente avanzate, insignificanti, sovente molto dubbie, e che da una parte ci danno chiaramente a divedere il difetto del metodo di estrarre, e dall'altra rendono necessario ajutarsi con supposizioni e limitazioni; il quale lavoro è tanto più malagevole, inquantochè non tutti i classici nè in tutti i frammenti convennero in una medesima opinione sulla dottrina del concorso delle azioni (3) e che non ostante tutte le proteste di Giustiniano non può negarsi, che rare volte gli riuscì sceverare dal suo dritto le conseguenze delle teoriche rigettate.

Ci bastino come pruove i soli e seguenti quattro frammenti, che si potrebbero considerare come principali, essendo compresi sotto titoli generali:

L. 53. *pr. de O et A* (44. 7.) Modestino lib. 3. *regularum.*

Plura delicta in una re plures admittunt actiones: sed non posse omnibus uti probatum est. Nam si ex una obbligatione plures actiones nascuntur, una tantummodo non omnibus utendum est.

L. 60. *ibid.* Ulpiano, lib. 17. *ad edictum.*

Nunquam actiones poenales de eadem pecunia concurrentes alia aliam consumit.

(1) In questo novero sono tutti i commentatori del Tit. *de R. I. ad* L. 43. 130. *ibid.* e particolarmente Cujacio, Gotofredo e Fabro: inoltre *Cujacio Obs.* L. 8. *c.* 24. Ottomanno, *Quaest. illustres.* c. 29. Donello, *Comm. de jur. civ.* L. 21. c. 3. et Hilliger, *ibid.* Suarez, de Mendoxa, *Comm. ad L. Aquil.* L. 3. c. 1—3. (Meermann, *Thes.* T. 2.) Cabot. *Disp.* L. 1. c. 30. (Meermann, *Thes.* T. 4.) Averan. *Interpret.* L. 3. c. 14. 15. Finestres *in Hermogeniano* T. 1. p. 601. 644. *ad.* L. 32. *de O et A.* H. Vlanen, *De concurru actionum.* Lyser, *De concursu actionum.* A. Frommann, *De lectione actionis utilioris* F. Alef. *De electivo, quem vocant actionum concursu.* V. Bechmann, *De pluribus concurrentibus actionibus*, c. 39. F. de Savigny, *De concursu delictorum formali.* Non mi venne fra le mani uno scritto di Paucy citato più volte da Finestres senza indicarne la data ed il luogo, dove fu stampato. Sul concorso delle azioni penali vi abbisognerebbero volumi interi, perchè potesse ridursi ad un certo ordine questa dottrina.

(2) L. 34. *de O et A* (44. 7.) L. 88. *de furt.* (47. 2.).

(3) Per esempio, L. 32. L. 34. *pr. de O et A.* (44.7.) L. *un C. Quando civilis Actio* (9.31.).

L. 43. §. 1. *De R. J.* (50. 17.) Ulpiano lib. 28. *ad edictum.*

Quotiens concurrent plures actiones ejusdem rei nomine, una quis experiri debet.

L. 130. *ibid.* Ulpiano, lib. 18. *ad edictum.*

Nunquam actiones, praesertim poenales, de eadem re concurrentes, alia aliam consumit.

Queste contraddizioni pur troppo basterebbero: ma molte altre ne occorrono di simile natura, e particolarmente cresce l'imbarazzo dei commentatori essendo molto espressioni usate in doppio senso: così quella *de ea re* potrebbe significare il « medesimo obbietto » o pure; « molte azioni si originano in occasione d'un medesimo obbietto, o sono occasionate da questo ». Anche dubbia è l'espressione: *eligere actionem.* Secondo l'uso dei classici Latini può riferirsi al caso, in cui di più azioni s'intenti soltanto una; ma secondo i nostri classici giuristi esprime pure il compiuto esercizio d'un'azione (1). Nondimeno queste ambiguità presentano il mezzo più idoneo per rimuovere le difficoltà; e pervenire a principj certi. Giacchè in tutti i casi deesi preferire il significato, che meglio si accorda colla natura della cosa e coll'analogia del dritto: e quando in questa dottrina si compia l'indeterminato col determinato, ed è questo sempre l'ufficio dell'interpetre, torna facile rimuovere molte difficoltà: sebbene ciò facendo non possa contarsi sull'applauso di coloro, i quali, come Tommasio, non sono mai felici se non quando riesco loro appuntare di dottrina contraddittoria i classici Romani.

Coloro, che trattarono finora della teorica del concorso delle azioni, fecero certo moltissimo per l'esegesi delle leggi particolari, che vi si riferiscono; ma l'insieme della dottrina non fu ancora concepita in quel modo, che avrebbe dovuto esserlo, ed anche il più delle volte la trattazione fu talmente difettosa, che molte cose vennero escluse, le quali necessariamente dovevano esservi comprese, come per esempio i casi, in cui più azioni possono essere esercitate contro più persone, o provengono da ragioni differenti, o sono ammissibili soltanto alternativamente (2): ed anche quelli, dei quali si ebbe particolare considerazione, furono trattati con un molto limitato concepimento. Giacchè generalmente credettesi bastante risolvere la quistione, quale influenza abbiano l'esercizio e l'esito felice d'un'azione sulle altre senza tener conto delle conseguenze della rinunzia o della perdita d'un'azione in rapporto colle altre, che vi concorrono. Gli scrittori vi accennano invero alcune volte, ma solamente in un modo accessorio, o coll'osservazione, che tutto quanto vi si rapporta, sia una semplice eccezione dalla regola (3). Un tal metodo è però nl tutto irragionevole: giacchè avviene che un'azione sia perduta o rinunziata si frequentemente che guadagnata: e nondimeno i principj che si riferiscono a quest'ultimo caso, come al tutto particolari, nulla ànno di commune con quelli dei casi precedenti. Per questo è decisivo il principio, che non si possa avere più volte un medesimo obbietto, sebbene si possano pretendere diverse cose successivamente: per contrario perdendosi un'azione, può conservarsi l'esercizio d'un'altra: o quando tutte abbiano un medesimo motivo, l'una può rimanere esclusa dall'altra. È pure da osservare, cho finora non cercossi distinguere accuratamente il semplice fatto d'intentare un'azione da quello dell'ammissione compiuta di essa.

Una nuova trattazione di questa dottrina non è dunque al tutto oziosa; ed io mi ci pruoverò. S'intende però, che questo trattato si limiterà ai soli principj generali, ed alla classificazione di essi: giacchè basterebbe appena un volume, quando si volessero svolgere i più minuti particolari, esaminare tutte le possibili azioni in concorso colle altre, ed indicare gli effetti del concorso in tutti i casi. Obbietto di questo trattato è dunque lo sviluppo dei principj fondamentali, che sono decisivi come regole generali.

Prima ch'io mi facessi a trattare dei casi speciali, che possonsi distinguere in questa materia, credo utile premettere alcune regole fondamentali, sì per muovere da una base più ferma, come pure per assicurare le mie espressioni da qualunque equivoco.

Primo principio: Vi è concorso di azio-

(1) L. 34. *pr. de O et A* (44. 7.) *Qui servum alienum injuriose verberat, ex uno facto incidit et in Aquiliam, et actionem injuriarum. Sed quidam altera electa alteram consumi; alii per legis Aquiliae actionem injuriarum consumi, quoniam desiit bonum et equum esse, con demnari eum, qui aestimationem praestitit.*

(2) Hilliger. *Ad Donellum.* l. c. Lit. 2. Finestres, §. 7. 9. 10. 12. Vianen, c. 1. §. 9. 11.

(3) Bartolo, *Ad* L. 18. §. ult. *de const. per.* Bachov, *Ad Treutler*, *Disp.* 25. T. 4. 13. Lit. C. Frommann, §. 59. Donello, L. c. Bechmann, L. c. §. 2. can. 1. Finestres, §. 53. 55.

ni nel senso più largo della parola, solo quando alcuno può esercitare più azioni sia contro una persona o contro più: se dunque non ne abbia che una sola, e scelga per errore l'azione incompetente invece della competente, non sarà soggetto ai principj sul concorso delle azioni, secondo i quali l'esercizio o il rigetto d'un azione à per conseguenza la perdita delle altre, ma avrà sempre il dritto di reclamare coll'azione competente (1). Chi, per esempio, impugna per errore un testamento colla *querela inofficiosi* potrà posteriormente esercitare l'*accusatio falsi*, e per contrario (2).

Con ciò pure si spiega, perchè le leggi decidono, che l'erroneo esercizio della *rei vindicatio* non escluda dall'*interdicto uti possidetis* il possessore turbato solamente nel suo possesso (3): è questa una decisione, per la quale furono trovate grandi difficoltà, e che cercossi pure rimuovere con artifiziosi ritrovati (4). Noi però la crediamo giustificata dal riportato principio, purchè si aggiunga, che gl'interdetti sono azioni indipendenti e non accessorie della *vindicatio* (5). Questo principio patisce però alcune particolari eccezioni. L'uno dei casi eccezionali si è quello, in cui il legatario accetti il legato, e posteriormente intenti l'*accusatio falsi* o la *querela inofficiosi*, o per contrario dopo il rigetto di queste azioni, si faccia a reclamare il legato. Stante la turpitudine della *accusatio falsi* e quella ancor maggiore della *querela inofficiosi*, valgono per gl'indicati casi i seguenti principj: chi per un errore scusabile accetti un legato, non è perciò escluso dall'esercizio dell'*accusatio falsi* e della *querela nullitatis*, ma sì bene dalla *querela inofficiosi* (6): ma per contrario quando sieno trovate mancanti di fondamento l'*accusatio falsi* e la *querela inofficiosi*, perdesi per pena il dritto di chiedere il legato, ma non quando alcuno limitossi al semplice esercizio della *quaerela inofficiosi* (7). Questi principj sulla *quaerela inofficiosi* occasionarono pure una cattiva decisione dell'Imperadore Teodosio nella L. 8. *pr.* C. *de codicillis* (6. 36.). Secondo una tale Costituzione, quando ad un testamento è aggiunta la clausola codicillare, l'erede istituito dovrebbe scegliere, s'egli ami meglio succedere come erede o come fedecommissario, e la determinazione per una di queste qualità l'escluderebbe in un modo assoluto dall'altra, anche quando fosse scusabile nel suo errore. Veramente Cujacio (8) si dette molta pena per giustificare una tale decisione coi principii del dritto di elezione, e con molte singolari decisioni: ma non riesce a dimostrare perchè in questo caso contro le regole ordinarie debba considerarsi come rinunzia un errore scusabile. Avendosi presente l'originale di quella Costituzione (9) addiviene sempre più manifesto, che quella decisione fu dettata da un errore, o da un semplice arbitrio. Giacchè Teodosio aggiunge per giustificarla, che l'accettazione d'un legato escluda dall'esercizio della *querela inofficiosi testamenti* per la turpitudine di quell'azione. Alef (10), il quale in fine si acquieta a quella decisione, giacchè il *volle* e *nolle* distruggonsi l'un l'altro, (come se un erroneo *nolle* o *volle* fosse valido) avrebbe fatto meglio ad arrestarsi a quello ch'egli dice in principio: *molestum est legis hujus argumentum. Sed an nobis tantum? Omnibus sane qui legalem profitentur philosophiam!*

Secondo principio: Chi già possiede un obbietto, non potrà pretenderlo novellamente: sicchè l'esito felice di un'azione (quand'anche tenda questa ad un pagamento) estinguerà le altre, che abbiano il medesimo obbietto (11): a ciò solamente può riferirsi secondo ogni analogia e ragione la citata L. 43. §. 1. *de R. T.* (50. 17.). Ma nè il semplice fatto d'avere intentata un'azione, nè anche la decisione giudiziaria (12) ànno l'effetto del pagamento (13): potrebbero soltanto dare una eccezione di *litispendenza*, alla quale il reclamante può sempre sottrarsi rinunziando al processo (14). Ma se l'azione

(1) L. 13. §. 5. *de pignor.* (20. 1.) L. 13. §. 9. *de aedil. edict.* (21. 1.).

(2) L. 14. C. *de ineffic. test.* (3. 28).

(3) L. 12. §. 1. *de acquir poss.* (41. 2.).

(4) Glossa, Ad L. 12. §. 1. *cit.* Ottomanno, *Quaest. illustr.* n. 30. Merenda, *Contr.* L. 12. e 16. Gifanio, *Lectur.* p. 461.

(5) Goveauus, *Var. lect.* L. 1. c. 3. Savigny, Possesso p. 395. 396.

(6) L. 5. *pr.* §. 1. *de his quae ut indign.* (34. 9.)

(7) L. 5. §. 1. *cit.* L. 8. §. 14. *de ineff. testam.* (5. 2.).

(8) *Comm. ad Tit. C. de codicillis* (opp. 9. p. 307. opp.)

(9) Trovasi nel Cod. Teod. L. 4. T. 4. cons. 7.

(10) *Diss. cit.* §. 28.

(11) L. 27. §. 11. *ad L. Aquil.* (9. 2.) L. 38. §. 1. *pro soc.* (17. 2.) L. 43. *locati* (19. 2.) L. 18. *de V. O.* (45. 1.) L. 57. *de R. T.* (50. 17.)

(12) L. 12. 13. 14. *pr.* L. 16. *de except. rei jud.* (44. 2.)

(13) L. 36. §. 2. *de her. pet.* (5. 3.) L. 13. 14. *de R. V.* (6. 1.) L. 7. §. 1. *commod.* (13. 6.)

(14) Finestres, l. c. §. 54-56.

fosse di tal natura da rimanere annullata dalla semplice scelta d'un'altra, basterebbe naturalmente il solo fatto d'aver cominciata la lite per la perdita del *jus variandi*.

Terzo principio: Quando ad alcuno proviene da un medesimo fatto un semplice dritto alternativo di avere o l'uno o l'altro obbietto, estinguesi il dritto di elezione, reclamando uno di essi dalla persona obbligata (1). Quest'alternativa è una conseguenza necessaria, quante volte il motivo d'un'azione annulli quello dell'altra, per esempio, se alcuno reclamando accetti un fatto, che avrebbe potuto impugnare, ma che una volta assentito deesi considerare come giuridicamente valido (2). Del resto anche qui fa mestieri fare eccezione per l'errore, quando sia scusabile secondo i principii generali, o renda ammissibile la *restitutio in integrum* (3).

Quarto principio: Quando le leggi ordinano, che un'azione una volta intentata si estingua, ciò è riferibile al caso, in cui l'azione sia già ammessa, giacchè dalla semplice azione non segue alcun dritto stabile per il querelato (4). Quando dunque in questo trattato si parlerà della perdita d'un'azione coll'esercizio o colla rinunzia d'un'altra, deesi ciò intendere del caso, in cui finito lo sperimento di essa sia rinunziata, e proposta un'altra.

Quinto principio: Le azioni, le quali sono essenzialmente difettose nella forma, o mancano al tutto d'ogni fondamento giuridico debbono essere di ufficio rigettate. Un tale rigetto non è altro che una sforzata rinunzia prima dell'esercizio dell'azione, ed al pari di questa non può avere alcuna influenza sullo sperimento di novelle azioni: sicchè nelle pagine seguenti coll'espressione « rigetto d'un'azione » accennasi sempre al caso, in cui un'azione venga rigettata, perchè mancante al tutto d'ogni fondamento di fatto.

Sesto principio: Il rigetto d'un'azione in quel senso sopra indicato indica soltanto che il motivo che fu fatto valere per essa sia falso, ma in alcun modo non ne segue, che il reclamante non possa esercitare altri e più validi motivi con novelli reclami; purchè il caso non sia nel novero di quelli, per i quali il semplice fatto di scegliere o d'intentare un'azione importa esclusione dalle altre tutte. Il reclamante non potrà invero sotto qualunque rapporto esercitare la rigettata azione, ma potrà sempre reclamare per altre cause. Questo principio non patisce alcuna eccezione per le azioni reali, in quel modo che si è uso intentarle. Quando alcuno avanza un'*actio in personam*, fa mestieri, ch'egli indichi particolarmente la speciale *causa obligationis*, colla quale intende reclamare. Se una tale azione venga rigettata, il rigetto si limita a questa sola, non essendo vietato al reclamante far valere le altre cause della obbligazione. Per le *actionibus in rem* vale quello, che Paolo alquanto indeterminatamente esprime nel seguente modo (5): *non ut ex pluribus causis deberi nobis idem potest, ita ex pluribus causis idem possit nostrum esse*: ossia: per dritto Romano può intentarsi una *actio in rem* in un modo vago, generale ed illimitato: *ajo rem meam esse*: in questo caso staranno a fondamento del reclamo tutte le possibili cause, colle quali il reclamante può avere acquistata la proprietà. E quando avvenga, che una tale azione sia rigettata, il reclamante non potrà far valere qualunque altro motivo anteriore ma soltanto quelli che fossero posteriori al giudizio: potrà pure esercitare le *actiones in personam* (6). È manifesto, che non è questa una eccezione speciale della *vindicatio* relativamente ai suoi effetti, ma è l'applicazione del principio generale, che tutto quanto è già giudicato, non può cadere sotto un novello giudizio dovendosi però rilevare dalla decisione fin dove estendesi la condanna.

Settimo principio: Quando il reclamante rinunzia prima del giudizio ad un'azione già intentata, con un tal fatto dà soltanto a divedere, ch'egli non intende più reclamare questo obbietto per la medesima causa; ma gli sarà sempre lecito far valere altri motivi, o reclamare un differente obbietto con quegli stessi della rigettata azione: molto meno gli si potrà opporre, che la rinunzia dell'azione pruovi la falsità del motivo di essa: giacchè un fatto può essere vero ed obbligatorio, e nondimeno si potrà non persistere nella volontà di farlo valere. Sicchè quando il proprietario rubato persegue il ladro prima colla *condictione furtiva*, e ne desiste, non perciò sarà escluso dalla *rei vindicatio*: nè da questa rinunzia devesi conchiudere, che il recla-

(1) L. 106. L. 112. *pr.* L. 138. §. 1. *de V. O.* (45. 1.)
(2) L. 1. *C. de furt.* (6. 2.) Frommann, l. c. §. 38. Vianen, l. c. §. 3. §. 2.
(3) Frommann, §. 15. 16.
(4) Frommann, §. 18.
(5) *L.* 159. DE R. I. (50. 17.) conf. con Maiansius, *Disp.* T. 1. D. 7. §. 2. 3.
(6) *L.* 11. §. 2. 4. *L.* 14. *Pr.* §. 2. *L.* 31. *de except. rei judic.* (an. 2.) Vianen, c. 2. §. 9. Bechmann, c. §. 1.

mante confessi, che la sua accusa fu una menzogna, ma formerebbe questo obbietto di particolari ricerche, quando l' accusato volesse posteriormente giovarsi *in separato* dell'*actione injuriarum.*

Deesi considerare come una specie di rinunzia il semplice rigetto in *contumaciam* d'un'azione, giacchè in realtà un tale giudizio niente altro esprime se non che il reclamante non intenda più continuare la lite; ma in nessun modo può ritenersi come una dichiarazione giudiziaria, che il reclamante abbia mentito. Anche quando dunque, come fu precedentemente osservato per il rigetto dell' *accusatio falsi* e della *quaerela inofficiosi testamenti*, perdasi in pena il dritto al legato, ciò non avviene però in quei casi, nei quali quelle azioni furono dichiarate estinte soltanto *in contumaciam* (1).

In seguito dunque nella espressione « rinunzia d'una azione » noi intenderemo compreso anche il caso del rigetto di essa *in contumaciam:* sicchè seguendo le idee precedenti i particolari, che saranno presi in considerazione, sono l' esercizio e la rinunzia, il guadagno e la perdita d'un' azione.

L'esposizione di questi principii mi rende più agevole la trattazione dei casi particolari. A base di questa ritengo come vera e comprensiva l' ordinaria distinzione principale fra *concurrentia obiectiva* quando molte azioni competono ad un solo reclamante contro la medesima persona, e *concurrentia subjectiva* in quei casi, nei quali alla multiplicità delle azioni passivamente o attivamente risponde la multiplicità dei subbietti. Ma quando novellamente distinguesi la *concurrentia objectiva* in *cumulativa*, *successiva et electiva* (2), non comprendo quanto ciò possa convenire in una distinzione fondamentale, stantechè ogni considerazione fu limitata al semplice caso dell'ammissione d'un'azione, passando in silenzio tutti gli altri, che sono possibili: è perciò che per questa specie di concorso abbisogna un lavoro interamente nuovo.

I. Per la *concorrentia objectiva* (la sola che è sovente ed a preferenza denominata *concorrentia*) sono possibili i seguenti casi:

1) Che le azioni in concorso abbiano obbietti differenti: e qui fa d' uopo anche distinguere:

a) Quando si fondano sopra fatti diversi ed indipendenti.

In questo caso è regola determinante, che anche le azioni siano fra loro al tutto indipendenti, e che l'ammissione, la rinunzia o il rigetto di una non annulli le altre, potendosi ammettere per differenti motivi varie *actiones rei persecutoriae*, o *poenales* o *criminales* (3). Soltanto dunque a questo caso, quando cioè le azioni originatesi da fatti diversi, (o pure da un solo) abbiano obbietti differenti, sono riferibili le citate *L.* 60. *de V. et A.* (44. 7.) *L.* 130 *de R. J.* (50. 17.) e così pure opinarono i nostri giuristi (4). Di ciò non fu mai quistione fra i classici, nè poteva quistionarsi, che stante l' identità dell' obbietto il reclamante non poteva guadagnare che una sola volta.

Vi à nondimeno una eccezione per il solo caso dell' ammissione, o della rinunzia, e non illimitatamente per quello della perdita d' un' azione. É possibile, che alcuno abbia varie azioni provenienti da cause differenti, e per diversi obbietti, ma che il motivo di una sia in contradizione con quello dell' altra: per esempio, A vende a B una cosa in credito; ma posteriormente stipula con questo un *pactum commissorium*, col quale il venditore si conserva il dritto di considerare il contratto come risoluto, quando il compratore non paghi l' intero prezzo dopo un determinato tempo. In questo caso non potrà intentarsi che l' una, o l' altra azione, giacchè la nullità e la validità della vendita si contradicono. Se dunque:

a) è ammessa una delle due azioni (*actio venditi* per il pagamento, o l'*actio ex pacto commissorio* per la nullità di essa), mancherà l'altra perchè al tutto impossibile.

b) Sarà egualmente perduta l'altra azione, quando si rinunzii a quella già intentata. Giacchè fra due termini contraddittorii vi ha soltanto un dritto alternativo, e per simiglianti dritti per applicazione del terzo principio manca il *jus variandi* una volta che il reclamante si è determinato

(1) *L.* 8. §. 14. *de inoffic. test.* (5. 2.). *L.* 8. *C. de his quib. ut indign.* (6. 35.)

(2) Schmidt, *delle azioni* §. 61. Danz. *Proc. ordin.* §. 81. 83. Glück, *Comm. alle Pandette* v. 4. §. 284. Occorrono pure altre espressioni e distinzioni in Frommann, l.c. §.7. Bechmann, l. c. cap. 3. §. 2.

(3) *L.* 3. *L.* 7. §. 4. *L.* 12. *L.* 13. *L.* 14. *pr. L.* 21. *L.* 27. *de except. rei judic.* (44. 2.) *L.* 2. *pr.* §. 1. 2. *de priv. del.* (47. 1.) *L.* 15. §. 46. *de injur.* (47. 10.).

(4) Glück, *Comm. alle pandette* v. IV. §. 284. a not. 27.

per uno di essi. Abbiamo pure su questo caso leggi molto chiare (1).

c) Quando per contrario una delle azioni è rigettata, sarà sempre ammissibile l'altra. Giacchè dovendosi considerare il giudizio del magistrato come una verità incontestabile (2) è forza conchiuderne, che il reclamante erroneamente siasi determinato per un' azione, che non gli spettava, e sarà seguendo l'espresso primo principio, pareggiato a quello, che sconsideratamente intenti un'azione incompetente invece della competente. In un sol caso però il rigetto d'un'azione importerà anche l'esclusione dalle altre, quando cioè la prima come *principale* formi la base dell' altra, giacchè come altrove vale anche qui il principio, che col principale cade l'accessorio (3). Si supponga dunque, continuando nel medesimo esempio, che A. eserciti sulle prime contro B. l'*actio venditi* per il pagamento del prezzo, e che questi negando la vendita, sia assoluto d'ogni reclamo per difetto di pruove: in questo caso il giudizio del magistrato avrà l'espressione, che non essendovi stato alcun contratto di vendita, non può esservi relativamente a questo alcun *pactum commissorium*; e conseguentemente l'azione posteriore *ex lege commissoria* addiviene un'assoluta impossibilità.

B. Se le azioni diverse relativamente all'obbietto provengono da un medesimo fatto, fa d'uopo distinguere:

a) Se le leggi permettono *copulative* l'esercizio dell'una o dell'altr'azione. Quì sono pure possibili i seguenti casi:

1) Che una delle azioni sia guadagnata. Niun dubbio, che al reclamante sarà lecito esercitare in un modo illimitato anche l'altr'azione, giacchè egli à dritto all'una ed all'altra. Sotto un tale rapporto un' azione può seguire l'altra (o naturalmente esservi connessa) quando:

a) da un medesimo fatto provengono più azioni penali e private tendenti ad obbietti diversi. Le opinioni dei classici discordarono moltissimo a tal proposito, ma la più logica divenne infine predominante.

L. 32. *de O. et A.* (44. 7.) Ermogeniano, lib. 2. *juris opitom*:

Cum ex uno delicto plures nascuntur actiones, sicut evenit, cum arbores furtim caesae dicuntur, omnibus experiri permitti, post magnas varietates obtinuit.

Nello stesso modo opinarono pure Papiniano (*L.* 6. *pr. ad L. Jul. de ad ult.* 48. 5.) ed Ulpiano (*L.* 60. *de O. et A.* (44. 7.) *L.* 130. *de R.* (*J.* 50. 17.). Senonchè nella L. 53. *pr. de O. et A.* (44.7.) Modestino si dichiara per l'opinione contraria. Ma perchè Ermogeniano giureconsulto più giovine enumerando le diverse teoriche ricorda quella di Modestino come rigettata dalla pratica, e siccome anche in altri luoghi delle Pandette sono inserite opinioni già viete e puramente storiche di questo o di quel giurista, così crediamo al tutto oziosi gl' ingegnosi ritrovati, coi quali sovente sia limitando sia supponendo cercossi conciliare quei frammenti; come pure la parola *obtinuit* di Ermogeniano decide, che debbasi collocare l'idea di Modestino nel novero delle antichità, non altrimenti che le parole: *sed evaluit Servii sententia* nella L. 6. §. 2. *si serv. vindic.* (8. 5.) debbono far rigettare l'idea di Gallo riportata per una semplice considerazione storica (4).

Anche Giustiniano si espresse uniformemente a questi principii (5): i quali non debbonsi però volere applicare al caso, in cui le azioni abbiano in parte il medesimo obbietto. Di ciò sarà parola sotto una rubrica particolare (nr. 3.)

b) Quando da un medesimo fatto si originano una *actio rei persecutoria* e *privata poenalis* (6). Per questo caso il seguente frammento sembra invero produrre qualche difficoltà.

L. 71. *pr. de furtis.* (47. 2.) Tiavolmo, lib. 15. *ex Sassio.*

Si is cui commodata res erat, furtum » ipsius admisit, agi cum eo et furti et » commodati potest, et si furti actum est, » commodati actio extinguitur; si commo» dati, actione furti exceptia extinguitur;

Ma siccome l' espressione *actio furti* indica pure la semplice *rei persecutoria condicio furtiva* (7), così un tale frammento e per ragioni astratte e per analogia di dritto

(1) *L.* 7. *de lege commissor.* (18. 3.): *Post diem commissoriae legis praestitum, si venditor pretium petat, legi commissoriae renunciatum videtur, nec variare et ad hanc redire potest.* Anche la *L.* 4. *C. de pact inter. emt* (4. 54.)

(2) *L.* 25. *de stat. hom.* (1. 5.)

(3) *L.* 13, *C. de usur.* (4. 32.) *L.* 3. *de fruct. et lit. expens.* (7. 51.)

(4) Leggasi in particolare Savigny, *De concursu delict. form.* p. 19-46.

(5) §. 1. I. *si quadrupes* (9. 4.) *L.* 20. *C. de furt.* (6. 2.) Suarez de Mendoza, l. c. cap. 3. §. 2. p. Averanius, *Interp.* L. 3. c. 14.

(6) §. *ult.* J. *de obl. quae ex delicto*, (4. 1.) §. 18. I. *de act.* (4. 6.) *L.* 7. §. 1. *condict. furt.* (13. 1.)

(7) Paolo, *Sent. rec* L. 2. T. 31. §. 34. L. 14. §. 16. *de furt.* (47. 2.) L. un. *C. quan-*

dee essere inteso soltanto in rapporto d'una tale azione (1).

c) Quando dal medesimo fatto derivano un' *actio mixta copulativa* con un'*actio poenalis privata* (2).

2) Se per contrario una delle azioni è rigettata, addivengono inammissibili anche le altre; giacchè risultando dal giudizio del magistrato che il *factum*, che è motivo dell' azione, non è vero, è conseguente, secondo l' espresso sesto principio, che non possa essere usato per novelli reclami.

3) Rinunziandosi infine alla prima azione si potrà, in conseguenza del settimo principio, intentare le altre, giacchè una tale rinunzia non importa alcuna confessione della falsità del motivo dell'azione. Se dunque, per esempio, la persona rubata perseguiti sulle prime il ladro coll' *actio furti*, e durante la lite gli venga il pentimento di una tanta durezza, potrebbe sempre dopo l'abbandono dell'*actio furti* reclamare la cosa rubatagli intentando la *condictio furtiva*.

b) Ben altrimenti fa d'uopo decidere, quando le azioni provenienti da un medesimo fatto, ma tendenti ad oggetti diversi sieno ammesse soltanto alternativamente. Ciò avviene in tutti i casi, nei quali gli obbietti delle azinni sono in contradiziono fra loro, o quando dalle leggi e per altre disposizioni concedesi particolarmente e soltanto un dritto alternativo. Ne sono esempli: l'*actio redhibitoria* o *quanti minoris* a cagione d'un importante ma occulto vizio, ammessibili solamente *elective* (3): il *beneficium separationis* riconosciuto ai creditori del defunto contro quelli dell'erede (4): ed il legato alternativo d'una *species* (5). A questo proposito debbonsi distinguere i seguenti casi:

1) Che la lite sia guadagnata. In questo caso come per tutti i dritti alternativi, non può pretendersi l'altro obbietto, giacchè il reclamante trovasi già di avere tutto quello, che spettavagli (6).

2) Che perdasi la lite. Anche in questo caso non ammettesi qualunque altro reclamo, stantechè secondo il sesto riportato principio la base di tutte le azioni è annullata.

3) Rinunziandosi infine alla prima azione: non potrà intentarsi l'altra, giacchè per le azioni alternative come osservammo, la scelta di una importa esclusione dalle altre (7).

II) Il secondo possibile caso si è quello, in cui le azioni abbiano un medesimo obbietto. Qui deesi pure distinguere:

A) Quando si fondano sopra motivi differenti, il che avviene sovente, come nel caso che un contraente sottragga la cosa affidatagli, potendosi intentare per il medesimo scopo, ossia per la restituzione di essa l'azione risultante dal contratto, e la *condictio furtiva* fondata sul furto.

Se in questo caso:

a) Una delle azioni è ammessa, non potrà esercitarsi in conseguenza del secondo principio l'altra (8).

b) Se per contrario è perduta, sarà ammissibile l'altra azione secondo il sesto principio.

c) Deesi decidere il medesimo quando, seguendo il terzo principio si rinunzia alla prima azione (9).

B) È pure possibile, che le azioni relative ad un medesimo obbietto si fondino pure sopra un medesimo motivo, e che in realtà vi abbia solamente differenza di parole, come per esempio può dimandarsi la rescissione d'una vendita a causa dei vizii occulti coll'*actio redhibitoria* o con quella proveniente dal contratto, o una *species legata* mediante l'*actio personalis ex testamento* o colla *rei vindicatio* (10). Se dunque:

a) Viene ammessa la prima azione, ogni intento è raggiunto, e diviene quindi ozioso ed impossibile l'esercizio della seconda:

b) Se quella è perduta, lo sarà egualmente questa.

c) Il medesimo dee dirsi, quando vi si rinunzia, giacchè non può reclamarsi più lo stesso obbietto per la medesima causa (11).

Questo non è oramai più dubbio dopo avere ammesso il principio che non debbasi tener conto del nome delle azioni, essendo soltanto decisivi *merita causae* (12).

Nondimeno relativamente ai principii sopra svolti il seguente frammento genera alcune difficoltà:

L. 9. §. 1. *de tribut. act.* (14. 4.) Ulpiano, lib. 29. *ad edictum*.

do civil. act. (9. 31.) Cujacio, *Obs.* L. 17. c. 12.

(1) Ottomanno, *Quaest. illustr.* n. 29. Vianen *Diss cit.* cap. 3. §. 2.

(2) L. 14. §. 1. *Praescr verb.* (19. 5).

(3) Thibaut, *Sistema delle Pandette* §. 192.

(4) *Eod.* §. 1224.

(5) L. 19. *de legat.* 2. (31.).

(6) Veggasi nelle pagine precedenti il terzo principio.

(7) L. 19. *de leg.* 2. (31).

(8) L. 31. §. 16. *de aedil. edict.* (21. 1.) L. 9. §. 1. *de furt.* (47. 2).

(9) L 9. §. 1. cit. L. 48. §. 7. *de aedil. edict.* (21. 1.) L. 18. *de O. et A.* (44. 7).

(10) Thibaut, *Sistema delle Pandette*, §. 190 760.

(11) L. 34. §. 13. *de leg.* 1. (30.) L. 76. §. 8. *de leg.* 2. (31).

(12) Cap. 6. X. *de judic.* (2. 1).

Eligere quis debet, qua actione experiatur, utrum de peculio, an tributaria, quum scit, sibi regressum ad aliam non futurum. Plane si quis velit ex alia causa tributoria agere, ex alia de peculio, audiendus erit.

Un tale frammento rapportato alla semplice scelta d' una delle azioni, non sarebbe giustificabile secondo i principii piu veri: ma si può spiegare colla precedente osservazione, che i classici G ureconsulti non opinarono tutti dello stesso modo nelle varie materie della dottrina del concorso delle azioni, e che una delle opinioni su questa quistione dovendo essere falsa, non è impossibile che i compilatori anche in questo caso speciale come altrove seguissero l'opinione più erronea.

III) Noi abbiamo finora trattati distintamente e parzialmente i due casi, nei quali differenti azioni abbiano obbietti o al tutto diversi, o al tutto simiglianti. Ma dalla confusione di entrambi può risultare un caso misto, e si è quello, in cui le varie azioni pareggiandosi relativamente all'obbietto sotto un rapporto si differenziassero sotto un altro: un simigliante caso occorre sovente nelle leggi, quando delle azioni in concorso l'una tende a qualche cosa di più che l'altra: per amore di brevità denominerò *azione maggiore* la prima, *minore* la seconda (nell' idioma latino possiamo dirle con Cujacio *actio gravior et levis*). Il caso più ordinario di simile natura si è quello, in cui con una delle azioni reclamasi un obbietto semplice, coll' altra il duplo, il triplo il quadruplo, e nel quale la parte *rei persecutoria* dell'azione maggiore comprende l' intero oggetto dell'azione minore. Così per esempio, un minore può esercitare contro il tutore, il quale fraudolentemente presentò un conto erroneo, e sottrasse i beni, che si appartengono a quello, l'*actio tutelae* accontentandosi d'esserne fatto indenne, o pure l'*actio rationibus distrahendis* per il doppio, nella quale soltanto una metà terrà luogo di pena, ma l'altra avrà per obbietto la restituzione della cosa. Nel caso di furto per contrario concedesi l'*actio vi bonorum raptorum* per il quadruplo, del quale tre quarte parti terranno le veci di pena: ma l'altra tendente soltanto al riacquisto della cosa avrà sotto un tale rapporto un medesimo obbietto colle altre *actionibus rei persecutoriae* concesse alla persona rubata. Tali azioni maggiori o minori occorrono anche sotto altra forma. Uno dei simiglianti casi si è quello, in cui l'*exstimatio* può elevarsi più in una che in un' altra delle azioni. Così per esempio, a cagione d'una colpa positiva d' uno dei contraenti può intentarsi l'azione risultante dal contratto, o l'*actio legis Aquiliae*. Entrambe ànno invero un medesimo obbietto, ma l'*actio legis Aquiliae* è più vantaggiosa potendosi reclamare con essa il prezzo più alto, che si ebbe la cosa per un determinato tempo anteriore, mentrechè per contrario coll' azione risultante dal contratto può dimandarsi il valore di essa al momento, che questo è annullato. Un secondo caso si è quello in cui la decisione sopra un medesimo obbietto rende i dritti del reclamante più compiuti e sicuri con un'azione, che con l' altra. Così per esempio il proprietario A, quando B gli abbia sottratto un immobile, potrà chiederne la restituzione coll' *interdictum unde vi*, o colla *rei vindicatio*: ma in questa il giudizio del magistrato avrà una maggiore estensione, dovendosi riconoscere *passive* al reclamante il dritto di proprietà, mentrechè di ciò non è quistione nell' *interdictum unde vi*.

Se le leggi fossero state conseguenti in simiglianti casi, avrebbero dovuto combinando i principii dei due primi casi ammettere la regola, che quante volte l'azione maggiore o minore tendono ad obbietti differenti, sarebbero applicabili i principii compresi sotto il n. 1. Quando il loro obbietto è il medesimo, lo saranno quelli svolti nel n. 2. E nel fatto, come faremo osservare in seguito, le leggi seguirono in generale una tale regola; mancano però decisioni speciali per i casi particolari. Nondimeno non ne proviene alcuna difficoltà, giacchè possonsi riempiere i vuoti della legge colle deduzioni tratte dall'analogia ed anche coll' applicazione dell' idea stessa di questa dottrina.

Stante la specialità di questo terzo caso è necessario fare le seguenti distinzioni:

A) Che l'azione maggiore sia intentata prima della minore. Se si fondano

a) su motivi diversi, come la *rei vindicatio*, e l'*interdictum unde vi*, distinguesi:

1) Quando l'azione è ammessa. Con ciò addiviene impossibile intentare l'altra azione; giacchè nella maggiore è compreso l'obbietto della minore (1). Naturalmente ciò vale solo quando si ottiene intero l'oggetto dell'azione maggiore: giacchè altrimenti potrà reclamarsi colla minore quello che ancor vi rimane. È pruova ed anche esempio di ciò il principio, che quando nel *judicia familiae herciscundae* rimasero delle cose indivise, si potrà posteriormente dimandarne la re-

(1) L. 9. §. 6. *quod m. c.* (4. 2.) L. 34. §. 2. *de O. et A.* (44. 7.)

stituzione coll'*actione comuni dividundo* (1).

2) Quando il reclamo è rigettato come non fondato, si potrà sempre per applicazione del sesto principio intentare l'altr' azione.

3) Se vi si rinunzia, non sarà vietato in conseguenza dell'ultimo principio giovarsi della seconda azione.

Nondimeno il seguente frammento produce qualche difficoltà:

L. 9. §. 6. *quod met. caus.* (4. 2.) Ulpiano lib. 11. *ad edictum*:

Licet tamen in rem actionem dandam existimemus, quia res in bonis est ejus, qui vim passus est: verum non sine ratione dicetur, si in quadruplum quis egerit, finiri in rem actionem.

Se l'espressione *quis egerit* fosse intesa in un modo assoluto, significherebbe, che la semplice scelta dell'azione maggiore che si fonda sopra un differente motivo escluderebbe dall'esercizio della minore, e che rinunziandosi alla prima non si possa reclamare colla seconda. É in questo modo che fu spiegato il frammento dai più degl' interpetri (2).

Ma un tale risultato non è in alcun modo naturale. Se le due azioni non si contradicono, perchè anche qui seguendo la regola ordinaria rinunziandosi ad un motivo, non si potrà far valere l'altro?

Un tale frammento è ragionevole solo quando sia inteso limitatamente all' ammissione dell'azione maggiore prima della minore, ed a ciò pure può essere riportato secondo il consueto modo di esprimersi dei classici Romani.

b) Se le azioni si fondano sul medesimo motivo, come a causa di colpa *l'actio legis Aquilae*, e *l'actio ex contractu*, ed è:

1) ammessa l'azione maggiore, la minore dovrà estinguersi per necessità come mancante di obbietto.

2) Se la prima viene rigettata, non si potrà secondo il sesto principio esercitare la seconda, giacchè la ragione di questa trovasi già giudicata.

3) Se infine vi si rinunzia, non sarà pure ammissibile l'azione minore, giacchè l'obbietto di questa formando anche l'obbietto dell'altra, non può dimandarsi la medesima cosa e per la stessa causa che una sola volta. Ciò deesi particolarmente affermare per le ragioni, che furono precedentemente svolte precedentemente.

B) Quando l'azione minore è intentata prima della maggiore, fa d' uopo distinguere:

a) Se entrambe si fondano sul medesimo motivo. Quì sono possibili i medesimi e precedenti casi, ossia:

1) Che si ammetta il reclamo. A tal proposito vi sono molti frammenti apparentemente contradittorii, ed in conseguenza variarono pure le opinioni degl' interpetri. Per l'esegesi deggio nel medesimo tempo aver pure presente il caso, in cui l' azione minore guadagnata abbia colla maggiore una medesima causa; il che non può generare alcuna difficoltà, dovendosi decidere il medesimo per entrambi i casi, quante volte si da ascolto al reclamante.

Per ragioni astratte non può esser dubbio il principio, che ammettendosi l'azione minore addiviene al tutto inutile la maggiore sino alla concorrente somma; potendosene soltanto dimandare il rimanente. Così pure opinarono i più dei nostri comentatori (3).

Molti altri però determinantisi non per ragione, ma secondo le leggi, pretesero che l' azione maggiore rimanesse assorbita dalla minore (4): ed in realtà questa opinione non manca al tutto d'una certa apparenza di verità, che anzi addiviene incontestabile, concentrando isolatamente l'attenzione sopra alcune leggi particolari.

Vi sono molti frammenti, i quali decidono in generale, che il semplice fatto di avere intentata l'azione minore importi esclusione della maggiore (5).

Io voglio riportarne soltanto i seguenti:

L. 18. *ad L. Aquil.* (9. 2.) Paolo lib. 10. *ad Sabinum*.

Sed et si is, qui pignori servum accepit, occidit eum, vel vulneravit lege Aquilia et pignoratitia conveniri potest; sed alterutra contentus esse debebit actor.

L. 13. *de R. V.* (6. 1.) Ulpiano, lib. 16. *ad edictum*:

Non solum autem rem restitui, verum et si res deterior sit facta, rationem judex habere debebit. Finge enim debilitatum hominem, vel verberatum, vel vulneratum restitui: utique ratio per judicem habebi-

(1) L. 20. §. 4. L. 44. *pr. famil. hercisc.* (10. 2.) 4. 2. *comm div.* (10. 3.)

(2) Frommann, *Diss. cit.* §. 30. Franzk, *Comm. ad Pand.* L. 4. T. 2. n. 20.

(3) Particolarmente Frommann §. 8. 10. Finestres, l. c. Cabot, l. c. Suarez, l. c. L. 3. c. 2. *Sect.* 1.

(4) P. Costrensis, *Ad L.* 7. §. 1. *commod.* num. 24. Bechmann, l. c. §. IV. can. 2.

(5) *L.* 13. *de R. V.* (6. 1.) *L.* 18. L. 27. §. 11. *ad L. Aquil.* (9. 2.) *L.* 18. §. 1. *commod.* (13. 6.) *L.* 50. *pro soc.* (17 2.) *L.* 43. *locat.* (19. 2.) *L.* 9. §. 6. *quod m. caus.*

tur, quanto deterior sit factus; quamquam et legis Aquilae actione conveniri possessor possit. Unde quaeritur, an non alias judex aestimare damnum debeat, quam si remittatur actio legis Aquilae? Et Labeo putat, cavere petitorum oporters, lege Aquilia non acturum: quae sententia vera est.

L. 18. §. 1. *comm.* (3. 6.) Cajo, lib. 1. *ad edict. provinciale:*

Sive autem pignus, sive commodota res, sive deposita, deterior ab eo, qui acceperit, facta sit, non solum istae sunt actiones, de quibus loquimur, verum etiam legis Aquiliae; sed si qua earum actum fuerit, aliae tolluntur.

L. 43. *locati* (19. 2.) Paolo, lib. 21. *ad edictum.*

Si vulneraveris servum tibi locatum, ejusdem vulneris nomine legis Aquiliae, et ex locato actio est; sed alterutra contentus actor esse debet, idque officio judicis continetur, apud quem ex locato agetur.

Vi sono dall'altra parte molti frammenti, i quali espressamente ammettono l'esercizio dell'azione maggiore, e questi sono di Paolo e di Ulpiano, dai cui scritti furono tratti tre dei riportati frammenti.

L. 7. §. 1. *commod.* (13. 6.) Ulpiano, lib. 28. *ad edictum.*

Sed si legis Aquiliae adversus socium ejus habuit commodator actionem, videndum erit, ne cedere debeat, si forte damnum dedit alter, quod hic, qui convenitur, commodati actione sarcire compellitur. Nam etsi adversus ipsum habuit Aquiliae actionem commodator, aequissimum est, ut commodati agendo remittat actionem, nisi forte quis dixerit, agendo eum e lege Aquilia, hoc minus consecutum, quam ex causa commodati consecutus est, quod videtur habere rationem.

L. 47. *pr. socio.* (17. 2.) Ulpiano, lib. 30. *ad Sabinum.*

Sed si ex causa furtiva condixero, cessabit pro socio actio, nisi si pluris mea intersit.

L. 34. *pr. de O. et A.* (44. 7.) Paolo *libro sing. de concurrent. actionibus:*

Qui servum alienum injuriose verberat ex eo facto incidit et (in) Aquiliam, et actionem injuriorum.—Sed quidam altera electa, alteram consumi; alii per legis Aquilae actionem injuriarum consumi, quoniam desiit bonum et aequum esse, condemnari eum, qui aestimationem praestitit, sed si ante injuriarum actum esset, teneri eum ex lege Aquilia. Sed et haec sententia per praetorem inhibenda est, nisi in id, quod amplius ex lege Aquilia competit, agatur. Rationabilibus itaque est, eam admitti sententiam, ut liceat ei, quam voluerit actionem prius mercere, quod autem amplius in altera est, etiam hoc exsequi.

L. 2. §. 3. *de priv. del.* (47. 1.) Ulpiano, lib. 43. *ad Sabinum.*

Quaesitum est, si condictus fuerit ex causa furtiva, an nihilominus lege Aquilia agi possit? Et scripsit Pomponius, agi posse, quia alterius aestimationis est legis Aquiliae actio, alterius ex causa furtiva: namque Aquilia eam aestimationem complectitur, quanti eo anno plurimi fuit, condictio autem ex causa furtiva non egreditur retrorsum judicii accipiendi tempus.

L. 88. *de furt.* (47. 2.) Paolo, *lib. sing. de concurrentibus actionibus:*

Si quis egerit vi bonorum raptorum, etiam furti agere non potest. Quod si furti elegerit in duplum agere, potest et vi bonorum raptorum agere sic, ut non excederet quadruplum.

Qui le sterili regole della interpetrazione grammaticale possono giovare solo in quanto si limiti la regola dei primi frammenti colle determinazioni più speciali degli ultimi, e che l'interpetre si persuada, che fuvvi su questa materia disparere fra i classici, e che questo in alcun modo non nuoce alla pratica, facendosi nelle Pandette immediatamente seguire alla regola l'eccezione come legge. Una tale persuasione può essere però di poco conforto, e ci può giovare in questa occasione men che in qualunque altra essendo i medesimi classici quelli, i quali in un luogo dichiarano in un modo assoluto annullata l'una delle azioni dall'altra, ed altrove affermano, che un tale effetto sia vero soltanto limitatamente alla somma di questa. Io considero le seguenti riflessioni come decisive di qualunque difficoltà.

Nell'ultimo secolo la scienza del dritto presso noi à presa una tendenza al tutto speciale. Il profondo sentimento giuridico, e l'intelligenza chiara e viva delle materie si vennero sempre più perdendo, sebbene di ciò si avvantaggiasse non poco la penetrazione logica. Dapertutto le delicate ed acute definizioni si moltiplicarono fino alla sazietà. E ciò era tanto più inevitabile, stantechè un'astratta filosofia si pruova per quanto è possibile a tutto dedurre da un pensiero fondamentale, sforzando il dritto positivo *nolens volens* a divenire filosofico: da ciò pure provenne, che vaste dottrine, le quali successivamente si svolsero da differenti principii, leggerissimamente considerate furono comprese in una sola definizione, dalle quali si volle poi novellamente dedurle. Ben altri-

mente si avvisarono i classici Romani; ed anche i giuristi moderni forniti d'un sentimento giuridico vivo e profondo fissaronsi costantemente ed avanti tutto al caso più ordinario ed al principio dominante, e scevro da qualunque limitazione: fu sempre posteriore ed anche accessoria, in quei casi forse nei quali il fatto richiedeva una esposizione compiuta, la considerazione dei particolari, le *limitazioni* ed *ampliazioni*. Di simiglianti definizioni esclusive e limitative, quali, per esempio, dapertutto trovansi nel *dritto penale* di Koch, non occorre una sola in tutto il *Corpus juris*. Nei *responsis*, come nei Decreti e Rescritti degli Imperadori un tale metodo era al tutto conforme alla natura delle cose: giacchè se per un determinato caso bastava la semplice regola, a qual uopo si dovevano rigorosate noverare nella decisione, o intrecciare alla regola tutte le limitazioni posssibili, ed anche poco a proposito in quella specie?

Coloro, che vogliono comprendere ed anche uniformarsi allo spirito dei classici giuristi, debbono dall'avvicinamento delle diverse loro proposizioni rilevare il pensiero fondamentale e più ordinario. Quando a ciò non si adempie, sarà impossibile trarsi d'imbarazzo in ogni occasione. Ci bastino a confermare il già detto i seguenti esempli. In una serie di frammenti s'afferma in un modo assoluto, che chi è in mora soggiace al *periculum* della cosa (1): nondimeno questo medesimo principio viene dagli stessi autori ed in altri luoghi espressamente limitato anche relativamente al ladro (2), dicendosi, che chi è in mora non è obbligato per il caso fortuito, quante volte gli riesca pruovare, che la cosa sarebbe perita anche senza la sua mora (3). Così pure affermasi in un modo generale delle azioni *rei persecutoriis* provenienti dai delitti, che non si trasmettano contro gli eredi (4): e nondimeno ripetesi sovente, che l'erede risponde fino alla concorrente somma, che gliene potè provenire (5). La medesima limitazione trovasi come principio di equità relativamente alle azioni contrattuali occasionate dalla frode (6): e pure in più luoghi è pronunziata in un modo assoluto la regola diversa del dritto stretto (7). Un'altro esempio ei si porge nella dottrina della ignoranza di dritto relativamente alla quistione, se possa dimandarsi la restituzione dell'indebito pagato per un'errore scusabile. Secondo molti frammenti, nei quali ammettesi la restituzione solamente a causa di un *erroris facto*, ma è generalmente rigettata per un errore di dritto (8), sembra doversi risolvere la quistione per la negativa. Nondimeno dall'espressioni si generali che particolari di altri frammenti deesi dedurre il principio limitativo, che l'errore scusabile di dritto non esclude la *condictio indebiti* (9). Le parole di Paolo al tutto generali: *regula est*, *juris quidem ignorantiam cuique nocere*, *facti vero ignorantiam non nocere* (10) provano soltanto, quanto poco debbonsi intendere le regole Romane in un modo assoluto: giacchè non è dubbio, che in alcuni casi si considera como scusabile l'errore di dritto, non così quello di fatto. Infine si può bene nel medesimo modo dedurne per il prescrivente l'ammissibilità di un *titulus putaticus*, quando siasi errato di un modo scusabile sulla realtà d'un dritto non esistente. Veramente un tal caso occorre raramente, ed è perciò, che molto facilmente si concepisce, perchè le leggi parlano generalmente e sempre della necessità d'un titolo vero e giusto (11). Nondimeno non può

(1) L. 40. *de her. pet.* (5. 3.) L. 15. §. 3. *de R. V.* (6. 1.) L. 12. §. 4. *exhib.* (10. 4.) L. 5. §. ult. *de in lit. jure rejur.* (12. 3.) L. 23. *de const. pec.* (13. 5.) L. 47. §. 6. L. 108. §. 11. *de leg.* 1. (30.) L. 23. *de V. O.* (45 1.)

(2) Il noto principio, che il ladro sia in *perpetua mora*, non dice nulla in contrario; giacchè si rapporta solamente al principio ed alla durata della mora, e non alla durata di essa.

(3) L. 14. §. 11. *quod met. caus.* (4. 2.) conf. colle L. 1. §. 34. L. 19. *de vi* (43. 16.) L. 14. §. 1. *dep.* (16. 3.) L. 45. *de O. et A.* (44. 7).

(4) L. 4. §. 6. L. 5. 6. 7. *de alien. judic. met. caus.* (4. 7.) L. 6. *quod falso tut. auct.* (27. 6).

(5) L. 16. §. 2. *quod met. caus.* (4. 2.) L. 13. *pr.* L. 17. *de dol.* (4. 3.) L. 52. *de R.V.* (6. 1.) L. 9. §. 8. L. 10. *de reb. auct. jud.* (42. 5.) L. 3. *pr. de vi* (43. 16.) L. 44. *de R.* 1. (50. 17).

(6) §. 1. 1. *de perpet. act.* (4. 13.) L. 8. *de fidejuss; et nomin.* (27. 7).

(7) L. 12. L. 94. *de O. et A.* (44. 7.) L. 121. §. ult. *de V. O.* (45. 1.) L. 152. §. ult. L. 157. §. 2. *de R. T.* (50. 17).

(8) *L.* 3. *pr. ad Sct. Mac.* (14. 6.) *L.* 29. §. 1. *mandati* (17. 1.) *L.* 48. *pr. de fidejuss.* (46. 1.) *L.* 6. 10. *C. de jur. ign.* (1. 18.) *L.* 6. 7. 9. *C. de leg. Falc.* (6. 50.).

(9) *L.* 14. 26. §. 12. *L.* 38. 40. 54. 59. *de cond. indeb.* (12. 6.) *L.* 5. C. *cod.* (4. 5.) *L.* 7. *de condit. ob turp. caus.* (12 5.) *L.* 7. *L.* 9. §. 3. *de jur. ignor.* (22. 6.)

(10) *L.* 9. *pr. de jur. ignor.* (22. 6.)

(11) §. 11. I. *de usuc.* (2. 6.) *L.* 27. *cod.* (41.3.) *L.* 2. §. 2. *pro emt.* (41. 4.) *L* 6. *pro derel.* (41.7.) *L.* 2. 3. *pro legato* (41.8.) *L.* 24. *C. de R. V.* (3.32.) *L.* 5. *de praescr. C. l. t.* (7. 33.)

negarsi l'eccezione per il caso dell' errore sensabile (1), e sarebbe in contraddizione coll' ufficio conciliativo dell'interpetre, e contro lo spirito ed il modo usato dagli scrittori classici, quando a cagione della regola, si volessero concepire delle difficoltà per l'eccezione, o al tutto negarla. Del resto quasi ogni titolo delle Pandette ci porge degli esempii di questo, ci piace così denominarlo, generale modo di esprimersi degli scrittori classici.

Conseguentemente alle precedenti riflessioni non può esservi più dubbio, che debbasi ammettere la regola; che l'ammissione dell' azione maggiore rende al tutto ozioso l'esercizio della minore; ma che per contrario quest' ultima implica la prima solo fino alla concorrente somma. Nondimeno particolarmente i seguenti frammenti generarono non poca difficoltà per i sostenitori di quella regola:

L. 34. §. *ult. de O. et A.* (44. 7.) Paolo *lib. sing. de concurrent. actionibus.*

Hinc de colono responsum est, si aliquid ex fundo subtraxerit, teneri eum condictione, et furti, quin etiam ex locato; et poena quidem furti non confunditur, illae autem inter se miscentur. Et hoc in legis Aquiliae actione dicitur, si tibi commodavero vestimenta, et tu ea ruperis; utraeque enim actiones rei persecutionem continent. Et quidem post legis Aquiliae actionem utique commodati finietur; post commodati, an Aquiliae remaneat in eo, quod in repetione triginta dierum amplius est, dubitatur. Sed verius est remanere, quia simplo accedit, et simplo subducto locum non habet.

È questa la lezione del manoscritto Fiorentino, e di altri ancora. Intendendosi nella parola *subducto* la già avvenuta sottrazione, il frammento conterrebbe una contraddizione: giacchè il Giureconsulto dopo aver detto *remanere* lo negherebbe immediatamente colle parole: *locum non habet*. È perciò che Cujacio (2) fu sempre costante nella opinione, doversi rigettare l'ultimo *non*, e leggere *locum habet*, accordandosi con lui anche altri giureconsulti (3). Con un tal metodo sarebbe certamente rimossa qualunque difficoltà; e quando non ci si porgesse altro mezzo, potrebbesi seguirlo essendo giustificato in parte dalla critica per la necessità manifesta che risulta dall' insieme del Frammento, parte dal fatto, che realmente la particella *non* non leggesi in alcuni manoscritti (4). Ma siccome conoscesi, che la parola *subducere* sovente, ed anche nel latino veramente classico, è usata per *tenerne conto* (5), così può conservarsi la lezione Fiorentina, ed in tal caso Paolo direbbe: che non perdesi l' *actio legis Aquiliae*, ma che non debbasi tener conto del già ricevuto *simplum* (6). In tal modo diviene al tutto oziosa una terza interpetrazione, la quale sebbene fosse sostenuta da un forte difensore (7), merita però il rimprovero di generare moltissima confusione. Secondo l'interpetrazione di questo dovrebbesi, conservando invero l'espressione *locum non habet*, introdurre prima della parola *remanere* la particella *non*, come realmente leggesi in alcuni manoscritti (8). In tal modo Paolo direbbe, che non ammettesi l' *actio legis Aquiliae* per il rimanente, essendo questo una semplice *accessio*, che perdesi restando estinta l' azione principale. Ma con ciò sarebbe Paolo in diretta contraddizione con Ulpiano (9), con se stesso (10), e con tutta l'analogia del dritto (11). Giacchè se alcuno esercitando un' azione non ne riceve senza sua colpa l' *accessio*, potrà sempre reclamarla posteriormente (12): c deesi pure osservare, che quello che si ottiene di più coll' *actio legis Aquiliae* essendo considerato come pena, è puro qualche cosa d' indipendente, ed in nessun modo accessoria. È al tutto insignificante l' opinione di

(1) *L.* 11. *pro emt.* (41. 4.) *L.* 5. §. 1. *pro suo* (41. 10.)

(2) *Obs. L.* 3. *c.* 25. (op. T. 3. p. 74. 75.) *ad Tit. de R. V. ad L.* 13. 14. 15. (op. T.7. §.261.) *ad L.* 34. §. ult. *de V. O.* (op. T.8. p. 565. 3:6.) *ad L.* 130. *de R. T.* (op. T.8. p. 717. 828.) *Controv. Roberti et Cujacii* c. 30. (op. T. 10. p. 130. 131.)

(3) Ottomanno, *Obs. L.* 8. c. 19. Pothier, *Pand. Just.* T. 3. p. 285. Hilliger, *Ad Donellum L.* 21. c. 3. Lit. 22. Voet, *Comm. L.* 9. T. 2. §. 31.

(4) Questo è pruovato da Bandoza nella sua edizione.

(5) Leggonsi le pruove in Averanio *int. L.* 3. c. 15. n. 8.

(6) P. Faber, *Ad. L.* 130. *de R. T.* Merillius, *Obs. L.* 4. c. 38. Suarez, *l. c. L.* 3. c. 3. n. 13. Finestres, l. c. §. 38. Vianen, l. c. cap. 2. §. 6. Jauchius, *Negat. Pand.* p. 200.

(7) Averanio, *Tut. L.* 3. c. 15. n. 1-5. 8.

(8) Si veggano l'edizioni dei Glossatori Bandoza, ed Agostino, *Emend. L.* 1. c. 3. (Ott. Thes. T. 4. p. 1442, 1443.) Forster. *de jur. interp.* L. 1. c. 2. n. 15. (Otto, *Thes.* T. 2. p. 961.)

(9) *L.* 7. §. 1. *Commod.* (13. 6.)

(10) *L.* 34. *pr. de O. et A.* (44. 7.)

(11) *L.* 5. *pr. de act. emt.* (19. 1.) *L.* 66. §. 6. *de leg.* 2. (31.) *L.* 131. §. 1. *de V. O.* (45. 1.) *L.* 20. 27. *de solut.* (46. 3.)

(12) Cujacio, *In contr. Rob. et Cujac.* c.30. (op. T. 10. P. 130. 131.

alcuni Glossatori, che Paolo parli in questa occasione del dritto stretto, ma che nulla vieti di ammettersi per equità un reclamo posteriore.

Del resto il principio finora svolto, che non ostante l'ammissione dell'azione minore possa sempre esercitarsi la maggiore per il rimanente patisce una eccezione nel caso, in cui guadagnandosi la prima trovasi annullato il motivo della seconda, e ne divenga impossibile l'esercizio. Si prenda ad esempio il caso, in cui il rubato proprietario non si giovi della maggiore azione *rei vindicatio* ma della minore, *interdictum unde vi*, e con questa guadagni; è manifesto, che divieno impossibile la *rei vindicatio*, giacchè essendosi ottenuto coll'interdetto il possesso, la *rei vindicatio* può essere intentata soltanto dal non possessore contro il possessore.

2) Quando l'azione minore è rigettata il reclamante può in conseguenza del sesto principio intentare la maggiore per altri motivi, per esempio, la *rei vindicatio*, quando non gli riuscì l'*interdictum unde vi*.

3) Il medesimo deesi dire per applicazione del settimo principio quando si rinunzia puramente alla già intentata azione minore.

b) Se per contrario le azioni si fondano sopra un medesimo motivo, ed è questo il caso dell'*actio vi bonorum raptorum* in concorso delle altre azioni provenienti dal furto, fa d'uopo distinguere:

1) Se l'azione minore è ammessa, il reclamante, come fu già osservato, potrà dimandare il rimanente, che l'azione maggiore importa.

2) Se viene rigettata, estinguesi in conseguenza del sesto principio anche l'altra azione, giacchè colla prima trovasi annullata la causa di questa.

3) Se vi rinunzia, il reclamante per applicazione del settimo principio perde il dritto, che aveva al medesimo obbietto per questa stessa causa. Sicchè non potrà posteriormente intentare l'azione maggiore per quello, che questa aveva di comune, e particolarmente perchè come già osservammo, la differenza dei nomi è di nessun'effetto per le azioni; ma non gli sarà vietato intentare un reclamo posteriore per il resto, che potrà provenirgli dall'azione maggiore. Si supponga per esempio, che alcuno abbia dritto a 100 a causa d'una obbligazione, e si limiti a chiederne 50. Rinunziandovi saranno questi perduti, ma per i rimanenti 50, dei quali non fu parola, sarà sempre salvo il dritto primitivo di reclamarli.

II) Il *concorso subbiettivo* comprende tutti i casi, nei quali da una passiva o attiva multiplicità delle persone risulta una multiplicità di azioni, potendo essere collocate nelle tre seguenti categorie: una persona à azione contro molte persone: più persone ànno azioni contro una sola: più persone possono reclamare contro molte. I principii d'un tale concorso sono molto più semplici di quelli, che noi esponemmo per il concorso obbiettivo, giacchè quì è decisiva la regola, che i fatti giuridici, che riguardano una persona non possono nè giovare, nè nuocere alle altre, sicchè l'ammissione il rigetto o la rinunzia di un'azione da parte di una sola non tolgono l'escrezio di questa o dello rimanenti a favore o contro le altre persone (4). Sono però possibili delle eccezioni e delle ampliazioni:

1) Quando non ostante la multiplicità delle azioni vi è unità di obbietto, come per i *correis*. In tal caso naturalmente non si può reclamare di nuovo la cosa già ricevuta nè da altre nè contro altre persone (2).

2) Quando molte persone fisiche debbonsi giuridicamente considerare come una sola. In tal caso quello stesso che fu giudicato a favore o contro una persona vale egualmente contro le altre. Questo avviene per i figli e padri di famiglia (3), per i *correis* (4) e per tutti coloro, cho sono obbligati rispondere per il fatto colpevole d'un altro, giacchè di esso potrà giudicarsi una sola volta, e l'azione intentata contro uno esclude il dritto di reclamare contro gli altri (5). Questi ultimi principii avrebbero dovuto essere al tutto differenti, quando si avesse voluto essere conseguento al principio più generalo, che regola un tale concorso, e ne fu quistione fra i classici, ma la benignità di Giustiniano decise contro il reclamante.

(1) §. 1. I. *de duobus reis* (3. 17.) *L.* 32. *pr. de pecul.* (15. 1.) *L.* 5. *de fidejuss.* (46. 1.) *L.* 28. *C. de fidejuss.* (8. 41.)
(2) *L.* 11. §. 8. *de except. rei judicat.* (44. 2.)
(3) *L.* 27. 28. *de jurejur.* (12. 2.) *L.* 28. *C. de fidejuss.* (18. 11.)

(4) *L.* 3. §. *ult. L.* 6. §. *ult. naut.* (4. 9.) Veggasi pure Finestres, §. 33. Vianen c. 3. §. 2. Suarez de Mendoza *L.* 3. c. 2. *Sect.* 1. Alef. §. 13. 23.
(5) *L. ult. pr.* §. 1. 2. *C. de furtis.* 6. 2.) A tal proposito Alef à espresse idee molto strane. §. 22.

TRATTATO UNDECIMO

SULL' INTERDETTO *DE GLANDE LEGENDA.*

Nelle leggi delle XII. Tavole trovasi scritto: ***ut glandem in alienum fundum procidentem liceret colligere*** (1): il quale ordinamento seguiva quasi necessariamente dall' altro che vi si annetteva, che i rami sporgenti sulla colonna d'aria d'un territorio limitrofo dovevano essere tagliati nei soli primi 15 piedi di distanza dal suolo, potendo liberamente crescere a maggiore altezza (2). L'Editto accordava un interdetto speciale per la raccolta di questi frutti: giacchè trattandosi di cose facili a corrompersi, il dritto istesso sarebbe stato illusorio senza un pronto provvedimento. Secondo Ulpiano (3) l'Editto esprimevasi nel seguente modo: ***glandem quae ex illius agro in tuum cadat, quominus illi tertio quoque die legere, auferre liceat, vim fieri veto.*** Molti dei nostri giuristi (4) non curarono di determinare quello che intendesi dire colle parole *tertio quoque die*; e per contrario fu cercato sovente chiarire coi versi dei poeti Romani la parola *glans* (5). Anche Cujacio si tacque a tal proposito (6), sebbene la varietà delle opinioni dei Glossatori avrebbe dovuto persuaderlo ad un esame più profondo della quistione. I più dei nostri giuristi teoretici e pratici opinarono sempre, che il Pretore avesse fissata la durata dell' interdetto a tre giorni; donde seguirebbe la necessità di raccogliere le frutta in tre giorni dal momento della caduta, che più tardi addiverrebbero *res nullius*, o potrebbero essere reclamate soltanto colle azioni ordinarie (7). Questa medesima opinione leggesi pure nelle Basiliche (8), e più determinatamente in Eustazio (9) e per essa dichiararonsi espressamente anche i più dei glossatori: sicchè gli autori posteriori poterono non senza qualche ragione credersi dispensati dal ritornare sulla medesima quistione. Nondimeno Azone aveva già espresso il pensiero, che nelle parole *tertio quoque die* dovesse intendersi, che fosse lecito raccogliere le frutta soltanto per ogni terzo giorno: ed è questa una spiegazione, che è pure pienamente giustificata dall' uso ordinario dell' idioma Romano, quando si ritenga la parola *quoque* non come *adverbium*, ma come *ablativus* di *quisque*. Sebbene anche Bartolo avesse pronunziato il suo *placet* su questa spiegazione colla limitazione, che dovesse farsi eccezione per quelle frutta che sarebbero soggette a corrompersi prima dei tre giorni (10), pure nei tempi posteriori ebbesi poca considerazione di essa. Di passaggio accenna Voet una volta al medesimo pensie-

(1) Plinio, *Histor. natur.* L. 16. c. 6.

(2) È in questo modo, che bisogna intendere una tale regola, e non per contrario come la *Basilica* L. 60. T. 16. n. 13. La sommità degli alberi non può essere di alcun danno, nè può temervisi quanto vi à di più pericoloso, ossia il tanfo dell' aria. Nulla si guadagnerebbe pure per la luce quando fosse mozzata la sola parte superiore degli alberi.

(3) *L.* 9. §. 1. *ad exhib.* (10. 4.) *L. un. de glande legenda*, (43. 28.)

(4) Per esempio, Donello, *Comm. L.* 15. c. 37. Huber, *Prael. ad. P. L.* 42. T. 28. Einnecio, *Elem. jur. civ. su ordin. Dig.* §. 346. Malblanc, *Princ.* §. 412.

(5) Ciò fu fatto anche dal buono Pietro Muller. Molto strano è Bouchaud, *Comm. sur la loi des douze tables.* T. II. p. 98. *tous les auteurs s'accordent à dire, qu'avant l'invention de l'agricolture les hommes se nourrirent de gland, et s'estimérent heureux d'en manger, et de boire de l'eau.*

(6) Cujacio. *De divers. temp. praeser.* c. 5. (op. T. 1. p. 526.) *parat. ad D L.* 43. T. 28. (op. 1. p. 855.; *notae ad Dig.* (op. T. 10. p. 519).

(7) Zasio, Stryk, Beyer, Wesenbeck, Schilter, Schöpfer, Muller, Wissenbach, Hellfeld, Madihn, *Princ.* §. 341. Gunther, Princ. §. 1111. H. Hildebrand, *De fructibus in alienum praedium propendentibus*, c. 1. §. 8.

(8) *Basilica*, L. 15. T. 4. n. 9. §. 1.

(9) Eustazio, *De temporum intervallis, sub rub. de tribus diebus* §. 1.

(10) Bartolo, *Comment. in Digest.* nov. L. 43. T. 28.

ro: ma nella esposizione speciale del *interdicti de glande legenda* si esprime in modo molto indeterminato, giacchè per un manifesto errore crede trovare la ragione dell'obbligo del vicino di soffrire la raccolta delle frutta cadute nella osservazione, ch'egli avrebbe potuto prevenire un tal fatto, dimandando il taglio dei rami pendenti: ed infine si esprime indeterminatamente sulla opinione comune senza ricordar l'altra (1). Io stesso nelle due prime edizioni del mio *Sistema delle Pandette* ò seguita l'opinione comune; ma nelle due ultime (§. 582. not. p. §. 1037) ò tradotto come Azone le parole *tertio quoque die*.

Contemporaneamente anche Kanopak fece il medesimo (2) senza per altro assegnarne le ragioni, le quali per quanto io mi sappia non furono esposte da alcuno a sostegno della seconda opinione.

Che l'opinione di Azone fosse la più vera, mi sembra incontestabilmente risultare dalle ragioni seguenti. Secondo la spiegazione comune, dovrebbesi ritenere, che l'Editto dicesse: che fosse lecito raccogliere le frutta anche il terzo giorno, donde per *argumentum a contrario* seguirebbe, che non sia più lecito farlo il quarto giorno. Ma quando mai l'Editto à usato un linguaggio, che si avverrebbe solamente ad un giureconsulto, quante volte avesse questi a trattare con persone dotte nella medesima scienza, e che sieno al caso di conoscerne l'importanza, e tutte le quistioni agitate nel campo di essa? Secondo quella spiegazione dovrebbesi ritenere, ch'eranvi alcuni, che opinavano che fosse lecito raccogliere soltanto in uno o due giorni, e che il Pretore avesse posto un termine ad una tale quistione in un modo laconico, presupponendo, che fosse questa a notizia di tutti i lettori dell'Editto. È questa certo una strana idea, particolarmente quando si consideri, che se l'Editto avesse inteso statuire una prescrizione di tre giorni secondo il suo modo ordinario di esprimersi avrebbe usate le parole *in tres dies*. E quale sarebbe la ragione d'un termine sì brevo? rispondesi: perchè le frutta si corrompono prestamente. È pure ciò non è vero di molte frutta, come per esempio delle ghiande, delle noci e castagne: e perchè mai l'Editto si curerebbe delle frutta, che corromponsi in tre giorni, se ninno si darebbe la pena di raccoglierle quando sieno già molte dopo il quarto giorno? Non è ragionevole far parola della pena della negligenza, giacchè il contadino particolarmente nelle contrade montuose sovente per più settimane non è al caso di vigilare su tutte le parti delle sue terre. Traducendo per contrario quelle parole ogni terzo giorno, tutto sarebbe chiarito, e l'Editto conterrebbe una regola semplice ed anche saggia. Giacchè se l'umanità richiede, che si permetta al vicino di raccogliere le frutta, la delicatezza pure dall'altra parte dimanda, ch'egli non vi ritorni in tutti i momenti, e non arrechi danno al suolo altrui con una pesta e con ricerche troppo frequentemente ripetute. È perciò, che io rigetto la riportata limitazione appostavi da Bartolo. Giacchè se con essa sarebbero salvate poche ciriege facili a corrompersi, il vicino dall'altra parte può con ragione pretendere, che non si turbi la sua quiete, e si osservi la lettera della legge.

(1) Voet, *Comment. ad D.* L. 10. T. 4. §. 1. L. 43. T. 28. L. 44. T. 3. §. 6.

(2) *Istituz.* §. 668. not. n.

TRATTATO DODICESIMO

SULL'AMMISSIBILITA' DEL RECLAMO DI RESTITUZIONE DEL PEGNO COSTITUITO PER L'INDEBITO.

Non è quistione fra i dotti giuristi, che non si possa giudiziarlamento reclamare la tradizione d'un pegno già promesso, quando il debito, per il quale fu costituito, non è riconosciuto dalle leggi. Ma se un tal pegno dato per un simigliante debito sia stato consegnato al creditore, potrebbe il debitore chiederne la restituzione? I glossatori opinarono variamente a tal proposito. Alcuni ammettevano illimitatamente il reclamo di restituzione, altri solo quando il debitore intenti la *rei vindicatio* e non l'*actio pignoratia* a causa della nullità del contratto di pegno; molti infine negavano qualunque dritto di reclamo (1). Non pochi giuristi di gran merito convennero posteriormente nella prima opinione (2), ed a favore dell'ultima dichiararonsi recentemente Weber (3), e Glück (4) per la ragione che debbasi generalmente negare il reclamo di restituzione, stantechè in *pari turpitudine* sia da preferirsi il possessore, e che al debitore possa concedersi un tal dritto in pochi casi eccezionali. Con ciò pure crede Glück spiegare, perchè le leggi (5) permettano alle donne di chiedere la restituzione d'un pegno costituito per una non valida garanzia.

Io non posso convenire in questa ultima opinione, e molto meno in quello, che Glück afferma relativamente alla costituzione di pegno fatta dalle donne garanti. Giacchè sebbene sia vietato a queste chiedere la restituzione di quello che scientemente pagarono a causa di garantia non permessa dalle leggi (6), concedesi loro nondimeno di reclamare il pegno. Questo esempio contradice appunto alla teorica di Weber, e più di ogni altro mi persuase a dichiararmi anche in altra occasione contro essa (7). Ma perchè Glück non si tacque alla mia confutazione, mi è forza ritornare con una trattazione più accurata ed anchè più esatta sulla opinione propria, e che credo pure la più vera.

I) Io non posso ammettere in un modo assoluto il principio di Weber, che generalmente non sia lecito richiedere quello, che scientemente fu pagato in contradizione delle leggi. La natura stessa di questa dottrina rende necessaria una distinzione fondamentale, ed è questa giustificata anche dalle leggi, nelle quali Weber secondo la sua teorica non ravvisa, nè ravvisare poteva che capricciose stranezze. Quando le leggi annullano un contratto, due casi sono possibili: che ciò avvenga per il meglio del debitore, e perchè non minori la sua proprietà, o per altre cagioni, a causa della moralità, del bene pubblico ecc. Nei casi di quest' ultima specie la teorica di Weber è vera e giustificata sì dalla ragione che dalle leggi positive: giacchè in tale occasione non è interesse dello stato, che il debitore riprenda il suo, ed il Fisco si la vindice dei publici costumi togliendo al creditore quello che questi possiede turpemente. Ma quando tendesi al solo vantaggio del debitore, non gli si potrà negare il reclamo di restituzione senza essere inconseguente, giacchè con ciò appunto si adempie allo scopo delle leggi, mentre in caso contrario ne verrebbero queste falsate a seconda del capriccio di ciascuno. Sicchè in simiglianti casi le leggi generalmente accordano al debitore un reclamo di restituzione, per esem-

(1) Glossa, *Ad L. 2. D. de cond. ob turp. caus.* (12. 5.) *ad L. 2. C. eod.* (4. 7.)
(2) Cujacio, *Resp. Pap. L. XI. ad L. 1. de pign.* (opp. T. 4. p. 1284. 1285.) Bartolo, *Ad L. 1. §. 1. de pignor.* Negusantius, *de pign. et hyp.* p. 3. num. 17. p. 217. Voet, *Comm. ad P.* L. 20. T. 1. §. 18. Fornerius, *Antinomiae pign.* §. 13.
(3) Weber, Svil. sistem. della dottrina delle oblig. natur. §. 75—77. 103-106.
(4) Glück, *Comm. alle Pand.* v. 14. §. 864 p. 41-43.
(5) L. 32. §. 1. *ad Sct. Vellejan.* (16. 1.)
(6) L. 9. *C. ad Sct. Vell.* (4. 29.)
(7) *Sistema delle Pandette* §. 636.

pio, nelle donazioni vietate (1), nelle vendite fatte dai minori (2) nelle donazioni fra i conjugi (3), nei patti commissorii (4) per gli interessi vietati e nondimeno pagati (5) ed anche in occasione del pagamento d'un debito proveniente da giuoco e non riconosciuto dallo leggi (6). Relativamente a quest' ultimo ordinamento, Weber opina, che si giustifichi soltanto coll'espressione *ita lex scripta est*: ma esso è una conseguenza necessaria dei principii generali. L'istesso deesi dire d'una proposizione di Papiniano nella *L. 5. de cond. sine causa* (12. 7.) che Weber ritiene egualmente per inesplicabile, ma che spero potere in seguito pruovare, essere perfettemente logica.

Relativamente al reclamo di restituzione del pegno costituito per un indebito debbonsi distinguere i seguenti casi:

1) Se il debito principale è di tal natura che il debitore quand'anche vi abbia adempiuto avrebbe sempre il dritto di restituzione; e questo ammettesi pure sebbene per eccezione da Weber, non potrebbesi anche negare la restituzione del pegno, giacchè deesi sempre decidere dell'*accessorium* come del *principale*. Di questo non dubitossi mai, sebbene il più delle volte non so ne avesse avuta considerazione, e siasi negata la restituzione in un modo vago, come opinarono i Glossatori. Weber e Glück vi fecero però particolarmente attenzione, ed in ciò le nostre opinioni perfettamente consuonano.

2) Se il debito principale è di tal natura, che non ostante la nullità di esso non ammettesi alcun reclamo per la restituzione di quello che siasi indebitamente pagato, fa d'uopo fare una novella distinzione:

A) Se il pegno costituito per un simigliante debito trovasi gia alienato dal creditore e questi a causa d'un prezzo vantaggioso è già soddisfatto nelle sue pretensioni, finisce ogni azione, giacchè il creditore alienante à operato in nome del venditore, e si considera il prezzo, che ne à ritratto, come pagatogli dallo stesso debitore: e se non gli compete il reclamo di restituzione per simigliante indebito già pagato, gli si dovrà per la medesima ragione negare anche in questo caso, giacchè in realtà egli non reclama più il pegno, ma il già seguito pagamento.

B) Se il pegno conservasi dal creditore, o pervenne in mani aliene d'un modo illegale, non può negarsi al debitore contro lo stesso creditore il reclamo di restituzione. La ragione, che Weber oppone in contrario, *donare voluisti*, o *in pari turpitudine melior est conditio possidentis* non cade qui in acconcio, quando attentamente vi si ponga ben mente. Essa riguarda semplicemente quei casi, nei quali quegli che consegnò una cosa ad un altro trasferendogliene la proprietà, la richiegga immediatamente. Nè mettesi in dubbio il principio, che niuno possa impugnare il suo proprio fatto, nè porsi in diretta contradizione con se stesso. Ma tutt'altro avvieno nella costituzione d'un pegno: con essa il debitore non aliena i suoi dritti reali o personali sulla cosa, che anzi li conserva, e nel contratto si contiene, *implicite* il patto della restituzione quando il creditore sarà soddisfatto. Il reclamo del pegno non è dunque un fatto contraddittorio del debitore, ma è ammissibibile, al quale potrà farsi opposizione soltanto d'un modo indiretto, giovandosi il possessore del pegno della *exceptio debiti nondum soluti*. Ma perchè i contraenti ànno a causa della nullità del contratto l'*exceptio nullitatis*, e le repliche sono eccezioni contro eccezioni, ogni difficoltà si risolve nel seguente modo: il debitore chiede la restituzione del pegno con un'azione in se stessa valida, il possessore vi oppone una *exceptio debiti nondum soluti*, ma il primo novellamente risponde con una *replica debiti nulli*, e con ciò sono rimossi tutti gli ostacoli contro l'azione primitiva (7). Questa idea dovettero pure avere quei Glossatori, che ammettevano la *rei vindicatio* e non l'*actio pignoratitia*, sebbene fosse questa una limitazione, che non potrebbe giustificarsi secondo i principii generali. Giacchè nella costituzione d'un debito illecito è turpe solamente quella parte di essa, che trasmette al creditore dei dritti, dai quali sieno soddisfatte le sue pretensioni, ma non partecipano della stessa turpitudine quelli, che il debitore si riserba sulla cosa. È pure consono all'analogia del dritto, che per i contratti, che non sono validi, ammettesi l'azione contrattuale per quelle prestazioni, per le quali una parte è personalmente obbligata verso l'altra (8). In qualunque caso non potrà negarsi al debitore la *condictio sine causa* (9) oltre la *rei vindicatio*, quante vol-

(1) L. 21. §. 1. *de donat.* (30. 5.)
(2) L. 29. *de condit. indeb.* (12. 6.)
(3) L. 15. §. 1. L. 16. 17. *de donat. int. V. et U.* (24. 1.)
(4) L. *ult. C. de pact. pign.* (8. 35.)
(5) L. 18. *C. de usur.* (4. 32.)
(6) L. 3. *C. de aleat.* (3. 43.)
(7) L. 8. *de cond. ob turp. caus.* (12. 5.) L. 21. *C. de transact.* (2. 4.)
(8) L. 62 §. 1. *de contr. emt.* (18. 1.)
(9) L. 23. L. 57. *pr. ibid.*

te non gli riesca pruovare il suo dritto di proprietà sulla cosa pegnorata.

A sostegno di questa opinione occorrono pruove molto decisive nelle leggi: fra queste deesi noverar quello, ch'esse decidono del pegno dato dalle donne garanti. Se le donne pagano scientemente quello, che promisero per garantia, non potrebbero chiedere la restituzione del già seguito pagamento, e nondimeno permettesi loro il reclamo del pegno, quando lo dettero come garanti. Ed è questo pure al tutto ragionevole. Le donne garanti possono rispondere all'azione del creditore con una eccezione. Se dunque esse reclamano il pegno, e si oppone loro *excipiendo* il debito proveniente dalla garanzia, avranno per contrario la *replica Scti Vellejani*, e con ciò ridurranno al silenzio il creditore.

Ancor più decisivo è il seguente frammento:

L. 25. *de pignor.* (20. 1.) Modestino, lib. 8. *regularum.*

Cum vitiose vel inutiliter contractus pignoris intercedat; retentioni locus non est, nec si bona creditoris ad fiscum pertineant.

Questo frammento è compreso sotto il titolo generale del pegno, e nega illimitatamente il dritto di ritenzione nel caso d'una costituzione di pegno viziosa (alla quale si assomiglia certo anche quella fatta per l'indebito) senza porre alcuna distinzione fra le diverse specie di reclami, o fra i casi, nei quali permettesi o negasi la restituzione del già seguito pagamento. Io rafforzava (1) ancora la mia opinione col seguente frammento:

L. 33. *eod.* Trifonio lib. 8. *regularum:* « *Is qui promisit tibi aut Titio, solutum » quidem Titio repetere non potest, sed pi» gnus ei datum et ante solutionem recipit.*

Glück mi oppone, che il Frammento parla soltanto d'un *adjectus*, il quale potrebbe invero ricevere il pagamento, ma non è egli stesso creditore. Ma appunto per una tale ragione io considero questo frammento come decisivo. L'*adjectus* non à cosa alcuna a reclamare, e verso lui il debitore non è vero debitore. Se un debito al tutto non esiste, o se un debito naturale è annullato dalle leggi, giuridicamente non importa alcuna differenza. Sicchè chiunque consegna ad un *adjectus* un pegno, lo costituisce per un indebito. Secondo la teorica di Glück dunque Trifonio avrebbe dovuto negare al debitore il dritto di restituzione per applicazione del principio: *donare voluisti*, e l'altro, in *pari conditione melior est conditio possidentis.* Ma egli non lo afferma, ed è ciò pure ragionevole, giacchè l'*adjectus* non avrebbe in tal caso alcuna eccezione ad opporre al reclamo di restituzione. Se per contrario nell'accennato caso il debito principale non fosse stato annullato a vantaggio del debitore, e se questi avesse scientemente pagato all'*adjectus*, il giurista avrebbe dovuto certamente escludere il dritto di restituzione come *directo contrarium* alla *datio.*

L'opinione finora esposta può essere ancora afforzata col seguente importante frammento:

L. 5. *de condict. sine causa* (12. 7.) Papiniano, lib. 11. *quaestionum*:

Avunculo nuptura, pecuniam in dotem dedit, neque nupsit: an eadem repetere possit, quaesitum est? Dixi, cum ob turpem causam dantis et accipientis pecunia numeretur, cessare conditionem, et in delicto pari potiorem esse possessorem: quam rationem fortassis aliquem secutum respondere, non habituram mulierem condictionem. Sed recte defendi, non turpem causam in proposito, quam nullam fuisse, cum pecunia, quae daretur, in dotem converti nequiret: non enim stupri, sed matrimonii gratia dotam esse. §. 1. *Noverca privigna nurus socero pecuniam dotis, nomine dedit, neque nupsit. Cessare conditio prima facie videtur, quoniam jure gentium incestum committitur. Atquin vel magis in ea specie nulla causa dotis dandae fuit. Condictio igitur competit.*

Questa legge, che si rapporta nè potevasi rapportare che al solo caso d'un non seguito vietato matrimonio (2), fu tenuta per problematica fin da molto tempo. Alcuni dei Glossatori ne seguirono strettamente la decisione e fu questa pure l'opinione di Cujacio (3), ma senza darsi chiaramente ragione dei motivi della decisione. Altri sotto il predominio della regola: *in pari conditione melior est conditio possidentis*, tentarono rimuovere le difficoltà facendo delle supposizioni e distinguendo, se colei, che costituivasi la dote conoscesse o il *factum* o il *jus* o entrambi d'un modo scusabile o inescusabile. Queste ultime idee furono pure quelle di Bartolo (4). Weber (5) trova ingiusta la decisione di Papiniano, considerandola piuttosto come

(1) *Sistema delle Pandette* §. 88.

(2) Se il matrimonio incestuoso fosse già avvenuto, v'interverrebbe il fisco. L. 52. 61. *de ritu nuptiar.* (23. 2.)

(3) *Quaest. Pap.* L. 11. *ad* L. 5. *de cond. sine caus.* (opp. T. 4. p. 278. 279.)

(4) *Comm. ad* L. 5. *de condit. sine causa.*

(5) §. 77. p. 334. 335.

una stranezza, e però opina, che niuno avrebbe dubitato della giustizia della decisione, se il giureconsulto avesse negato il dritto del reclamo di restituzione. Con lui si accorda anche Glück (1).

Tacendomi di molte altre ingegnose interpetrazioni, delle quali gli stessi autori (2) non mostrano essere ben sicuri, credo che basti per giustificare la decisione di Papiniano l'osservare, che la donna che si costituisce una dote non si spoglia dei suoi dritti sopra questa, che anzi generalmente le compete sempre la restituzione, anche quando il matrimonio era valido, o divenga tale posteriormente, o si sciolga. Al reclamo dunque della restituzione della dote non si oppone l'eccezione diretta, che il fatto della restituzione sia in contradizione di quello del pagamento, ma soltanto l'indiretta, che a cagione della *causa dandi*, non sia ancora tempo di restituirla. Ma osservammo, che a chiunque si riporta *excipiendi* ad una causa nulla, possa sempre opporsi *replicando* la *exceptio causae non existentis*, e con ciò si ritorna al caso *sine causa*, nel quale è indubitatamente ammessibile il reclamo di restituzione. Sarebbe la maggiore delle sconsideratezze quante volte nel caso della L. 5. *cit.* la reclamante dichiarasse, che intenda impugnare la *turpis causa*, giacch'essa non costituissi la dote, perchè il marito ne addivenisse assoluto proprietario: e quando ne chiede la restituzione, non le si potrà certo opporre, che la sua *turpitudo in dando* sia in piena contradizione col *ripetere*. Come potrebbe dunque il marito ritenere la dote, se nei contratti i più turpi nessun creditore può guadagnare più di quello, che gli fu realmente trasferito? La sula obblezione che potrebbesi opporre si è, che debbasi sospendere la restituzione per tutta la durata del matrimonio, ma anche una tale eccezione non avrebbe alcun senso, non essendo avvenuto il matrimonio. Papiniano à certo espresso tutto questo d'un modo molto dubbio: ma noi non crediamo ripeterlo abbastanza, che sebbene le decisioni dei grandi classici Romani colpiscano sempre e perfettamente nel vero e nel giusto, pure il loro modo di argomentare è alle volte dubbio, sforzato e sofistico: sicchè ogni sforzo dee essere diretto a sceverarne la ragione decisiva. Ciò è vero particolarmente di Papiniano, sebbene il suo giudizio pratico e retto possa considerarsi come un vero modello nelle decisioni giudiziarie.

(1) *Comm. alle Pand.* v. 13. §. 836. p.189. 190.

(2) Faber, *Ratio. ad* L. 5. *de cond. sine caus.* Huber, 8. *Eunom. Rom. ad* L. 5. *cit.* p. 527. Thomasius, *Ad Huber prael. ad P.* L. 12. T. 7. §. 2. Brunnemann, *Comm. ad* L. 5. *cit.*

TRATTATO TREDICESIMO

SUL DRITTO DI RITENZIONE DELLE SERVITU' REALI INUTILI.

I Romani ammettevano per principio generale, che non si possa convenire validamente sopra un obbietto, che manchi di un interesse ragionevole (1). Ed un tale principio è particolarmente applicato alle servitù reali nella *L.* 15. DE SERVIT. (8. 1.), in cui Pomponio dice:

» *Quoties nec hominum nec praediorum servitutes sunt, quia nihil vicinorum interest, non valet; veluti, ne per fundum tuum eas, aut ibi consistas, et ideo, si mihi concedas, jus tibi non esse fundo tuo uti frui, nihil agitur; aliter atque si concedas mihi, jus tibi non esse in fundo tuo aquam quaerere, minuendae aquae meae gratia.*

Le servitù reali avendo qualche cosa di perpetuo, le parole *vicinorum interest* possono avere soltanto il significato, che l'obbietto della servitù debba essere di tal natura da riuscire vantaggioso ed anche desiderato per l'utile o per il possessore della cosa dominante. Sicchè se faccia bisogno avere del semplice capriccio per trarre diletto dalla servitù, un tal rapporto non potrà sussistere come servitù reale. Ma il medesimo non può dirsi, se un tal dritto non interessi questo o quel possessore soltanto per un caso fortuito, purchè secondo il corso ordinario delle cose abbia la capacità di riuscire aggradevole ad ogni possessore della cosa dominante. La prima regola trovasi espressa in leggi speciali (2); l'ultima è per se stessa manifesta, giacchè in tutte le servitù reali del dritto Romano ammettesi la possibilità, che questo o quel possessore non ne goda. Nondimeno qualche difficoltà ci perviene da molti frammenti delle Pandette, ed in particolare della *L.* 19. *de servit.* (8. 1.), nella quale Labeone, il cui spirito conseguente e penetrante potrebbe servire di modello, e che probabilmente avrebbe meritato di essere denominato il più grande fra i giureconsulti classici, se ci fosse stata conservata soltanto una quarta parte dei suoi scritti, così si esprime:

Ei fundo, quem quis vendut, servitutem imponi, etsi non utilis sit, posse existimo, veluti si aqua alicui ducere non expediret, nihilominus constitui ea servitus possit. Quaedam enim habere (3) *possumus, quamvis ea nobis utilia non sunt.*

La Glossa ci presenta due interpetrazioni della riportata L. 19, per rimuovere l'apparente contradizione di questo frammento. Colla prima, che è seguita anche da Fabro (4), ma che per altro non trovò molti partigiani, ammettesi, che si possano realmente ritenere le servitù reali al tutto inutili in conseguenza della regola: *in traditionibus rerum quodcumque pactum sit, id valere manifestissimum est* (5). Ma con ciò si cade in un circolo; giacchè le parole *in traditionibus valere* esprimono il medesimo della parola *retinere*: sicchè rimane sempre a definire la quistione, perchè nelle alienazioni in contradizione dei principii generali, che valgono per le altre materie, si possa ritenere quello che non riesce di alcun vantaggio. Colla seconda interpetrazione affermasi, che non debbasi intendere la L. 19. *cit.* d'una servitù al tutto inutile, ma di una tale, che senza mancare d'interesse non abbia presentemente alcun valore soltanto per uno caso fortuito.

Una tale spiegazione conta un maggior numero di seguaci (6), ed anche Cujacio in un luogo ne convenne (7), sebbene co-

(1) L. 61. *de pact.* (2. 14.) L. 38. §. 17. *de V. O.* (45. 1.).

(2) L. 8. *pr. de serv.* (8. 1.) L. 6. *pr. de S. P. R.* (8. 3.)

(3) Questa lezione, che è anche quella delle Basiliche, è indubitatamente la migliore. Sulle altre, *debere habere, debere ducere, dedere habere* veggasi Pratejus, e Leunclavius, (*Ott. Thes.* 3. p. 579. 580. 1505) Jensii, *Strict. jur. Rom.* p. 73—75. Gebauer, *in not. ad* L. 19. *cit.*

(4) *Rational. ad* L. 15. *de suo* (8. 1.)

(5) L. 48. *de pactis.* (2. 14.)

(6) Bartolo, *Comm. ad* L. 15. Merill. *Ad Tit. de servit. ad* L. 19. *cit.* (Ott. Thes T. 3. p. 653. 654.) Franzke, *Comm. ad Pand.* L. 8. T. 1. num. 78. Zachariä, (*Mag. civ.* di Hugo v. 11. p. 334. 335. Glück, *Comm. alle Pand.* v. IX. p. 13.)

(7) *In lib.* 2. *resp. Papin. ad* L. 4. *de S. P. R.* (op. T. 4. p. 855.)

me sarà ben-tosto osservato, il medesimo in altra occasione andasse in diversa opinione. Per giustificarla si è creduto bastare la ragione, che una tale limitazione ne segue necessariamente per analogia, o che vi accennino pure le parole *nobis utilia non sunt*. Ma non vi è dubbio, che si usa il personale *nobis* infine del frammento sol perchè leggesi antecedentemente *habere possumus*. Nel principio del frammento, la cui prima regola può essere afforzata soltanto con quello che segue, non trattavasi della quistione, se per le servitù reali fosse decisivo il sentimento capriccioso di un possessore, ma consideravasi, se mai si potesse ritenere una servitù inutile. Ammettesi l'affermativa, ed a maggior sostegno di questa si adduce il principio generale, che ci è lecito avere anche quello che non ci giova. La regola, che si contiene in questa soggiunta non si limita alla proposizione, *servitutes habere possumus*, ma addiviene assoluta stante la parola *quaedam*: sicchè rimane sempre a definire perchè ammettesi in un modo assoluto la ritenzione delle servitù reali inutili, e come mai si accorda coi principii generali la proposizione illimitata, *habere possumus inutilia*?

La seconda accennata spiegazione di Cujacio (1), nella quale conviene in qualche modo anche Vitale (2) può essere fatta conoscere soltanto colle parole proprie dell'autore: *Summa leg. 19. de servit. haec est: si quis mihi cesserit aquam ea cessio valet, etiamsi aqua mihi utilis non sit. Ratio hujus sententiae est, quia, licet aqua mihi inutilis sit, tamen ita fit, ut aqua in fundo meo habeam, quamvis autem per se sit inutilis ipsa aqua, tamen juvat habere, non enim quaeritur, an, quae tu habeas, sint utilia, quia juvat habere, et habere verbum est optimum, ut ait Plautus, non habere autem pessimum. Manet ergo haec constitutio aquae, quia ita fit, ut in fundo nostro habeamus aliquid. Diversum est in specie legis L. 15. de serv. Nam ea quae ibi ceduntur sunt inutilia nec ea cessione fit, ut habeamus aliquid; quid enim habeo, si per tuum fundum non eas? etc.* Io non mi scoto ita tanto da persuadere della compiuta incongruenza di queste *jejunis*, colui che alla semplice lettura di esse non sente il bisogno di esclamare, *bonus dormitat Homerus*, senza che mi faccia bisogno osservare, che nella L. 19. *cit.* non trattasi di un *habere*, o di qualche cosa di positivo in opposizione d'un oggetto negativo, e che si fa violenza alla parola di essa, quante volte vi si vuole scorgere un tale rapporto.

I tentativi ulteriori (3), che furono fatti per rimuovere la contradizione che proviene dalla *cit.* L. 19. creando una certa opposizione fra l'*amoenitas* e l'*utilitas* sono pure al tutto insignificanti. Giacchè è ozioso pruovare, che i Romani abbiano mai considerato come inammissibile o inutile una servitù interessante per tutti i possessori *amoenitatis causa*, ed il modo onde è espressa la *cit.* L. 19. pruova pure chiaramente, che Labeone in nessun modo pensava ad una talo distinzione: stantechè la parola *expediret* accenna a qualunque siasi interesse, e l'espressione negativa *non utilia* significa, quando voglia intendersi l'*utilitas* nel senso più stretto, tutto quanto non è *utile*; sicchè vi s'intende non solamente quello che può essere aggradevole ad ogni possessore secondo il corso ordinato delle cose, ma anche quello che possa esserlo accidentalmente sia pure al tutto vano e futile, sebbene le cose di simile specie non possano essere convenute come obbietto d'una servitù reale, pure sarà sempre lecito ritenerle. Questo è detto nella L. 19. *cit.* in quel modo in cui è espressa: sicchè rimane sempre a dimandare perchè lo dice?

Il modo più facile, onde rimuovere ogni difficoltà sarebbe certo quello seguito da Münter (4), di non tenere alcun conto della *cit.* L. 15. sì perchè vi ripugna la logica, come pure perchè nel caso, al quale accenna quel Frammento, può dirsi: *risisse videntur*. Ma in contradizione di leggi espresse e molto più ancora di Labeone un sì ingegnoso espediente è poco a proposito, e tanto più ancora che Ulpiano, il quale per altro non amava molto il paradosso in una sua opera *ad Sabinum* decide non altrimenti che la *cit.* L. 19.

L. 6. pr. comm. praed. (S. 4).

Si quis duas aedes habeat, et alteras tradat, potest legem traditioni dicere, ut vel istae, quae non traduntur servae sint his quae traduntur, vel contra, ut traditae retentis aedibus serviant: parvique refert, vicinae sint ambae aedes, an non.

(1) *Ad Tit. de serv. ad* L. 15. *ibid.* (op. T. 7. p. 399.)

(2) *Lection var.* L. 2. c. 2. (Oit. Thes. T. 2. p. 661.)

(3) Noodt, *Comm. ad* P. L. 8. T. 4. L. P. Waldeck. (*praes.* Moeckert) *de vicinia et conspectu praediorum ad constituendam servitutem passim requisitis etc.* §. 6.

(4) Münter, *delle servitù* parl. 1. §. 5.

Per ravvisare una simiglianza fra' le opinioni dei due giureconsulti classici è mestieri ricordarsi, che i Romani sul rapporto di località dei fondi, fra i quali erano costituite le servitù reali, richiedevano le due condizioni: che la situazione di essi rendesse possibile l' esercizio della servitù (1), e che i fondi dovessero essere vicini fra loro (2). Questo ultimo principio in nessun luogo leggesi particolarmente determinato, ma in ogni caso è detto in generale, che la vicinanza debba essere tale da rendere in qualunque siasi modo interessante la servitù al padrone del fondo dominante. E nondimeno secondo il riportato frammento non dovrebbesi abbadare a vicinanza trattandosi della ritenzione delle servitù. Qui risorgono tutte le difficoltà sopra indicate, non certo per la nostra letteratura, giacchè i più dei nostri comentatori si tacquero, e quello che fu detto in alcune occasioni è sì poco importante, che non franca la pena il riportarlo. Cujacio (3) contro ogni aspettazione ricorre al principio, col quale, secondo già osservammo, alcuni Glossatori (4) tentarono chiarire la *cit.* L. 19, che nelle *traditionibus* ognuno può riserbarsi tutto quanto gli aggrada. Altri si limitarono ad osservare (5), che alla decisione di Ulpiano debbasi sempre apporre l' eccezione, che non possa ritenersi una servitù, quante volte a causa della situazione dei luoghi ne sia al tutto impossibile l' esercizio, per esempio, quando il venditore riserba per la sua casa uno dritto di prospetto sul fondo venduto, sebbene questa casa non desse sul fondo, o un dritto di stillicidio, senza esserne immediatamente contigua. Questo stesso in realtà decidono anche le leggi (6), ed è pure conseguente, giacchè non può aversi mai dritto a quello che è impossibile, sicchè la decisione di Ulpiano dee riferirsi a tutto altro, pruovando nello stesso tempo, che la *vicinitas* richiesta generalmente per le servitù reali indichi ben altra cosa che il *conspectus* o la *contiguitas* indispensabile nei più dei casi (7).

Dimodochè si riproduce novellamente la quistione, perchè non si tien conto della vicinanza per quanto riguarda il dritto di ritenzione?

A me pare che le seguenti riflessioni valgano a rimuovere d' un modo facile ed anche semplice tutte le difficoltà sopra espresse. Stantechè una servitù non consiste per il padrone del fondo serviente *in faciendo* ma soltanto *in non faciendo o patiendo*, per siffatta ragione tutte le servitù non sono altra cosa che singole parti della proprietà, delle quali alcuno si priva a vantaggio d'un altro, o alienando questa le conserva per uso proprio. Uno stato può a giusta ragione volere, che non si abusi dei suoi giudici in modo da pretendere da questi, che giudicassero di stranezze, nè permettere, che si reclami un dritto, che per se stesso manca al tutto d' interesso per le persone ragionevoli. Ma dall'altra parte non deesi estendere questo principio in modo, che sia fatta abilità al giudice di annullare dritti già acquisiti per la semplice considerazione, che non più giovino a colui, al quale si appartengono. Occorre ad ogni uomo di possedere delle cose, che non gli sono più utili, che anzi gli vennero a noja, e nondimeno l' uomo il più stupido si rivolterebbe contro lo strano dispotismo del magistrato, dal quale si vedesse espulso dal possesso di simiglianti cose per la semplice riflessione, che non giovino più a colui, che ne fu finora il proprietario. Quello che è vero in generale, lo è parimenti e proporzionatamente anche nei particolari. Per quanto strano sarebbe il reclamo contro colui, che vendendo un' opera consistente di sei volumi ritenesse espressamente per se il sesto, perchè si obbligasse a rilasciarlo sol perchè manifestamente non gli giovi, in pari modo non ammettesi un' azione giuridica contro la ritenzione di servitù inutili, ma capaci di esercizio. Con ciò sono perfettamente chiarite le parole di Labeone: *quaedam habere possumus, quamvis ea nobis utilia non sunt.* E tanto più una tale opinione, che è sostenuta da tutti i sentimenti personali dell' uomo, avrebbe dovuto occorrere al pensiero, in quanto che i Romani anche in altre occasioni danno a divedere quanto più duro essi considerarono il fatto di essere espulso dalla cosa, che finora fu posseduta, anzichè il non ottenere quella che si vuole acquistare. Per il medesimo motivo è ben noto, che si scusa l'errore di dritto, quante volte ne provenga un danno per i beni,

(1) L. 14. §. 2. *de servit.* (8. 1.) L. 1. *pr.* L. 38. 39. *de S. P. U.* (8. 2.) L. 38. *de S. P. R.* (8. 3.) L. 4. §. 8. L. 5. L. 6. *pr. si serv. vindic.* (8. 5.) L. 17. §. 2. L. 18. §. 1. *de aqua et aquae pluv. arc.* (39. 3.)

(2) L. 5. §. 1. *de S. P. R.* (8. 3.) L. 12. *de pign.* (20. 1.)

(3) *Ad* L. 1. *Juliani ex W. Natali*, *ad* L. 43. *de S. P. N.* (op. T. 6. p. 458.)

(4) Glück, *Comm. delle Pand.* v. IX. p. 35. 36.

(5) L. 7. §. 1. *Comm. praed.* (8. 4.)

(6) Come il più delle volte con molta verità opinossi. Waldeck, *Diss. cit.*

che già possedonsi, e non quando intendesi ritrarne un guadagno: e della stessa ragione è l'ordinamento, che nega potersi costituire una servitù sulla cosa comune, mentrechè permettesi conservarla, quando si addiviene posteriormente proprietario del fondo serviente (1). Sicchè la regola *in traditionibus rerum quodcumque pactum sit, id valere manifestissimum est*, in tal modo intesa esprime un principio umanitario, che doveva esistere necessariamente nel concetto d'ogni Romano, e che gli uomini avranno sempre a cuore, finchè la follia di un illimitato dispotismo giudiziario non avrà soffocato ogni sentimento individuale.

(1) L. 10. *usufr. quem. cav.* (7. 9.) L.8. §. 1. *de serv.* (8. 1.) L. 17. *pr.* L. 30. §. 1. *de S. P. U.* (3. 2.) L. 27. *de S. L. R.* (8. 3.)



TRATTATO QUATTORDICESIMO

SULLA NATURA DEI DRITTI DELL' ENFITEUTA.

In altra occasione io mi provai a dimostrare, che la distinzione della proprietà *in dominium directum et utile* siasi originata dalla divisione delle azioni *in directas et utiles*, e cho perciò sia ora una vuota formalità: aggiungeva pure che quella distinzione riferivasi a quei soli casi, nei quali eravi un vero dritto di proprietà sia per rigoroso dritto civile, o per equità, e che in conseguenza non fosse applicabile a quei dritti, che non costituiscono una vera proprietà quantunque si potesse anche per questi distinguere un dritto rigoroso o di equità: e perciò conchiudeva, che il dritto dell' enfiteuta come un semplice *jus in re aliena* non sia nè un *dominium directum* nè uno *utile*, ma niente altro che un dritto reale sulla cosa altrui.

Per quanto io mi sappia, e mi ricorda, le mie principali idee sul *dominium directum et utile* incontrarono un generale consentimento: senonchè per quanto riguarda l' enfiteuta non valsero a rimettere la pace fra i giuristi. Alcuni scrittori convennero anche sotto un tale rapporto nelle mie idee (1), senza però essere sempre felici e conseguenti nell' applicazione (2): ma dall' altra mi si dichiararono contro ingegnosi *Dissentientes*, i quali del resto mi procurarono il contento di vederli soggiacere al comune destino di tutti gli alleati, di non potere accordarsi fra loro. Una tale dissenzione fu causa, che tante svariate teoriche si combattessero fra loro. Giacchè mentre Savigny si sforza pruovare contro di me, che l'enfiteuta secondo il dritto più recente, abbia una vera e piena proprietà sebbene rivocabile (3), Du Roi afferma per contrario, che l'enfiteuta per regola generale non abbia un'azione reale (4), e Glück si pruova a far rivivere contro me e Savigny le antiche idee dei glossatori sul *dominium utile* dell'enfiteuta (5); senonchè mi attribuisce più di quanto abbia detto, quando afferma, che volendo io essere conseguente alle mie premesse debba riconoscere all'enfiteuta un *dominium*, giacchè io dico, che la proprietà consista della nuda proprietà e dell'usufrutto, e che l'enfiteuta abbia non solamente il dritto di usufrutto, ma anche quello di proprietà. Una tale obbiezione sarebbe giusta, se io avessi detto, che l' enfiteuta fosse proprietario. Ma io intendeva soltanto dire, che l'enfiteuta limiti anche i dritti di proprietà del così detto *dominus directus*, che anzi ne partecipi: con ciò il dritto del proprietario non è distrutto o trasmesso, ma solamente limitato. Il medesimo avviene anche per il detentore del pegno, quando è trasmesso in lui il dritto di alienazione, che è inerente in quello di proprietà, e per l' usufruttuario, in quanto che può questi cambiare la forma d' un terreno, quante volte ne provenga un aumento di rendita (6):

(1) C. Groscurd, *De jure emphyteutico*. F. Kaemmerer, *De operis novi nunciatione* p. 239-248.

(2) Per quanto mal volontieri lo faccia mi è forza però dire, che è una inconseguenza quella di Malblanc (*princ. jur. Rom.* p. 2. Sect. 1. §. 392) quando egli seguendo lo sviluppo delle mie idee sul *dominio directo et utili*, dichiara spettare all' enfiteuta il ritrovato tesoro. Se questi non è *dominus*, quale è la ragione, che gli si debbano riconoscere dei dritti, cho provengono soltanto dal dritto di proprietà, nè gli furono concessi per speciale favore?

(3) *Dritto del possesso* Ediz. 11. pag. 99—109.

(4) G. A. W. Du Roi, *specimen observatorium de jure in re* p. 64—72.

(5) *Comm. alle Pandette* v. VIII. §. 77. 600.

(6) L. 13. §. 5. *de usufr.* (7. 1.) Io non posso ammettere la novella spiegaziono di questo Frammento data da Feurbach (*Saggi. civ.* p. 1. n. 4.) combattuta già da Hagemann (in Hugo, *Mag. civ.* v. 3.) sebbene non possa negarsi, che sia ingegnosa. La cosa è per altro molto semplice a spiegare: Per gli edificii e per i giardini di sollazzo la forma è modellata ordinariamente sul gusto individuale, ed è perciò che l' usufruttuario non può imporre il suo proprio gusto al proprietario. Ma per i terreni semplici trattasi nei casi ordinarii di rendita, e nel dubbio si può contare sempre sul con-

ma non perciò si può affermare, che il detentore del pegno e l'usufruttuario sieno proprietarii della cosa.

A sostegno dell'opinione, che un enfiteuta non abbia un vero dritto di proprietà occorrono sì nelle Pandette che nel Codice le più decisive ragioni. Paulo dice espressamente:

L. 1. §. 1. si ag. vect (6. 3.)

Qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt a municipibus, quamvis non efficiantur domini, tamen placuit competere eis in rem actionem adversus quemvis possessorem: sed et adversus ipsos municipes.

Questo stesso, come sarà pruovato in seguito, è ripetuto più volte da Ulpiano: il Codice lo dichiara ancor più espressamente. Nella principale Costituzione nella quale è determinata in generale la natura delle enfiteusi, chiaramente è detto, che questa non sia nè *conductio, nè alienationis titulus*, ma un terzo contratto e tutto speciale, e nel medesimo titolo più volte è denominato *dominus* colui che concedette l'enfiteusi(1). Se dunque non è una vera *alienatio*, e se tiene il mezzo fra questa e la *conductio*, non può trasferire alcuna proprietà, sebbene per i molti e svariati dritti dell'enfiteuta possa dirsi, che in certo modo vi si assimiglia. In seguito relativamente ai *fundos patrimoniales* parlasi di coloro, *qui aut rescripto, aut adnotatione dominium, vel emphyteusin vel conductionem meruerint* (2) distinguendovisi chiaramente l'enfiteusi dalla proprietà. Occorre qualche cosa di simile nella *Nov.* 7. cap. 1. nella quale Giustiniano osserva, che l'enfiteusi *non procul ob alienatione constitit*, donde segue che distinguesi da questa e da qualunque trasmissione di proprietà.

Se non avessimo altro che queste pruove, anche i Glossatori non avrebbero dubitato di negare interamente all'enfiteuta il dritto di proprietà. Ma leggonsi nel Codice due Costituzioni, che sembrano infine riconoscere all'enfiteuta un certo *dominium*. Queste Costituzioni dicono:

L. 4. C. *de fund patr.* (11. 46.) *Imp. Valens Gratian. et Valent.*

Fundi patrimoniales et qui ex emphyteutico jure ad domum nostram diversis generibus devoluti sunt, si eis, qui eos popos cerint, cedunt, ut commissi metus esse non possit. Neque enim magis commodamus nostra, quam tradimus ea jure dominii: ita tamen, ut ea quae in nostra possessione positi praestiterint, et in posterum solvant.

L. 12. C. *ibid. Imp. Theod. et Valent.*

Possessores, vel emphyteuticarii patrimoniales, qui fundos minime nunc usque comparaverunt, eodem largitatis modo nequaquam ad eorum comparationem urgeantur, sed tamquam pretiis depensis, sic eis nostro numinis beneficio potiantur, ut quod juris alter inferendo pretium consecutus est, hoc nostra liberalitate praedictus emphyteuticarius habeat. Illud quoque jus, in quibus coluit praediis, quod aut ex successione, aut ex comparatione privata, aut nostri numinis liberalitate, aut quocumque modo possedit, sciat illibatum intemeratumque servari licentia eis concedenda, etiam libertatem ex fundis patrimonialibus atque emphyteuticariis, cum fundorum sint domini praestare.

Nella interpetrazione di queste Costituzioni si è sempre ritenuto, ch'esse riconoscano all'enfiteuta un *dominium*, e perciò i Glossatori ed i loro seguaci non crederono trarsi altrimenti di difficoltà che affermando, che queste accennino al *dominio utili*, e che quei frammenti per contrario, nei quali colui che concede l'enfiteusi è denominato *dominus*, sieno riferibili al *dominio directo*. Ma una tale interpetrazione è visibilmente debole e falsa. Due dritti di proprietà sulla medesima cosa si distruggono scambievolmente, ed il dominio pieno escludo l'opposto e diretto, particolarmente dopo le determinazioni di Giustiniano sul pareggiamento di ogni specie di proprietà (3). Seguendo quella interpetrazione, è inconcepibile come nel medesimo Codice possa riconoscersi un *dominium* illimitato a colui che concede l'enfiteusi, e ripetutamente affermarsi, che l'enfiteusi non importa alcun *dominium*, nè sia una *alienatio*. Io ho proposto altrove la seguente interpetrazione: la parola *dominium* significava nel senso ordinario ma strettamente Romano una vera proprietà, ma nel senso in cui generalmente è intesa, riferiscesi ad ogni dritto reale, e particolarmente alle servitù ed al pegno. Ma perchè l'enfiteuta può difendere il suo *jus in re aliena* colla *vindicatio*, si è conchiuso che quelle Costituzioni sieno riferibili alla sola qualità *reale* del dritto enfiteutico. Ma anche questa interpetrazione è inammissibile, Giacchè secondo l'ultima Costituzione l'enfiteuta potrebbe manomettere

senso del proprietario quante volte riesce all'usufruttuario aumentare la rendita, o almeno non minuirla. Anche in altre occasioni trovasi che i semplici terreni sono considerati differentemente dagli edificii - L. 1. §. 1. *de arbor caedend* (43. 27.)

(1) L. 1. C. *de jur. emphyt.* (4. 66.)
(2) L. 3. C. *eod.*
(3) L. 8. C. *de fund. patr.* (11. 61.)
(4) L. un. C. *de nudo jure quir. toll.* (7. 25.)

gli schiavi, *cum fundorum sit dominus*, ed indubitatamente in tal dritto non segue da un semplice *jure in re aliena*; anche vi contradice un'altra Costituzione (1), la quale vieta la manomissione degli schiavi, che formino una pertinenza della enfiteusi, quando non se n'abbia la proprietà.

Tutte le difficoltà si dileguano facilmente, quando si trae argomento da altre costituzioni, dalle quali rilevasi chiaramente, che gl'Imperadori tanto prodighi dei dominii, sovente convertivano in proprietà all'enfiteuta i beni da essi dati loro in enfiteusi, e questi ne divenivano realmente veri proprietarj, versando anche in questa qualità un annua rendita nel pubblico tesoro (2). A ciò ed a ciò solamente si riferiscono quelle due Costituzioni, come lo pruovano chiaramente le parole: *fundi cedunt*, e *qui fundos comparaverunt*, e con ciò anche si chiarisce, come in un luogo permettasi la manomissione degli schiavi quando l'enfiteuta sia divenuto *dominus*, mentre è proibita in altro luogo. Quelle Costituzioni pruovano tanto poco il dritto di proprietà dell'enfiteuta, per quanto poco potrebbe dirsi proprietario il fittajuolo per la sola possibilità di addivenirlo, potendo comprare la cosa, che ha in fitto.

Le ragioni, colle quali Savigny cerca giustificare la sua opinione, sono le seguenti:

1) Il dritto del possessore d'un *ager vectigalis* si assimigliava interamente al *dominio bonitario* prima di Giustiniano, conservandone il concedente un *nudum jus quiritium*. Ciò è confermato dall'osservazione (3), che secondo pruove certe una parte dei giuristi ritiene come una *venditio* o *alienatio* il contratto enfiteutico, che dalle leggi era assimigliato interamente alla concessione di un *ager vectigalis* (4): il che riesce possibile soltanto colla presunzione d'un *dominii bonitarii*. Risulta ancor più chiaramente dal fatto, che il dritto delle Pandette pareggia il possessore d'un *ager vectigalis* non all'usufruttuario, ma al *domino bonitario*, ed in ispecie per le seguenti ragioni:

a) perchè acquista i frutti non per percezione, come l'usufruttuario, ma colla semplice separazione (5):

b) perchè può esercitare l'*actio arborum furtim caesarum et aquae pluviae arcendae* negata all'usufruttuario (6).

c) Infine è libero al pari del proprietario pretorio da qualunque obbligo di cauzione in una lite (7).

Ma avendo Giustiniano convertito ogni *dominium bonitarium* nel *quiritarium* (8), e se l'enfiteuta è assimigliato al possessore d'un *ager vectigalis* secondo il già detto, o almeno secondo il dritto qual'esso trovasi interpolato nelle Pandette, è forza conchiudere, che il dritto dell'enfiteuta da una *res in bonis* siasi cambiato in un *dominium quiritarium*, sebbene il concedente possa in alcuni casi riprendersi la cosa data in enfiteusi.

2) In un frammento delle Pandette espressamente è riconosciuto al possessore d'un *ager vectigalis* il *fundus*, e si à cura di distinguerlo da qualunque altro, che abbia soltanto un *jus* sul terreno. Ciò è realmente vero. In questo importante frammento è detto:

L. 1. *de condict. triticiaria* (13. 3.) Ulpiano, lib. 27. *ad Edictum.*

Et generaliter dicendum est, eas res per hanc actionem peti, si quae sint praeter pecuniam numeratam sive pondere, sive mensura constent; sive mobiles sint, sive soli. Quare fundum quoque per hanc actionem petimus: et si vectigalis sit, sive jus stipulatus quis sit, veluti usumfructum, vel servitutem utrorumque praediorum.

3) Nella L. 12. C. *de fund. patr.* (11. 61.) letteralmente sopra riportata espressamente riconoscesi all'enfiteuta il *dominium*. Avvicinando questa colle leggi, che denominano *dominus* il concedente della enfiteusi, deesi conchiudere, che abbia questi il *dominium quiritarium*, e l'enfiteuta per contrario il *dominium bonitarium*.

Contro l'opinione di Savigny credo poter ricordare con ragione quanto segue:

1) È incontestabile, che una parte degli antichi giuristi riconoscevano all'enfiteuta un dritto di proprietà: ma appunto una tale opinione fu rigettata in una particolare Costituzione di Zenone. Fu questa pubblicata da Giustiniano nell'antico Codice; ne fece ripetere il contenuto nelle Istituzioni, e nel-

(1) L. 2. C. *de mancip. et colon.* (11. 62.)
(2) L. 14. C. *de fund patrim.* (11. 61.) L. 7. C. *de fund rei priv.* (11. 65.) L. 5. C. *de divers. praed. urb.* (11. 69.)
(3) §. 3, 1, *de locat.* (3. 25.) L. 1. C. *de jure emphyteutico* (4. 66.).
(4) Questo è pruovato dalla Rubrica del titolo delle Pandette, L. 6. T. 3. *Si ager vectigalis, id est emphyteuticarius, petatur,* e la quasi identica L. 15. §. 1. *qui satisd. cog.* (2. 8.).
(5) L. 25. §. 1. *de usur.* (22. 1.)
(6) L. 3. §. 4. L. 23. §. 1. *de aqua et aquae pluv arc.* (39. 3.) L. 5. §. 2. 3. *arb. furt. caes.* (47. 7.)
(7) L. 15. §. 1. *qui satisd, cog.* (2. 8.).
(8) L. un. C. *de nudo jure quir. toll.* (7. 25.).

le Pandette e particolarmente nel titolo sulla enfiteusi fa dire al giureconsulto Paolo colla più grande precisione, che l'enfiteuta non à alcun *dominium*: come dunque il dritto enfiteutico potrebbe essere compreso in una determinazione, che riguarda la sola proprietà, e non à alcuna cosa di comune con dritti, che per dichiarazione propria del legislatore, non costituiscono alcuna proprietà? Nè anche può qui ammettersi un *dominium praetorium* dell'enfiteuta, giacchè il venditore istesso non può più trasmettere che una tale proprietà, e la concessione in enfiteusi non pareggia certo una vendita. È incontestabile, che un enfiteuta abbia dritti maggiori di quelli d'un semplice usufruttuario: ma da ciò non segue, che sia vero proprietario. Anche per il superficiario le leggi espressamente dichiarano, che non si possa considerarlo come proprietario per dritto naturale e civile (1), e pure è indubitato, che il suo dritto in alcuni particolari è maggiore di quello d'un semplice usufruttuario (2). Da ciò che un enfiteuta si abbia di più dell'usufruttuario segue soltanto, che il suo dritto si avvicina maggiormente a quello di proprietà; ma il conchiuderne ad un vero dritto di proprietà come fecero alcuni giuristi, è una deduzione falsa, ed espressamente rigettata dalle leggi. Sicchè se i singoli dritti dell'enfiteuta, che si elevano al di sopra di quelli d'un semplice usufrutto, provengono dalla teorica di quei giuristi che gli riconoscono un dritto di proprietà, con un tale loro fondamento quella origine non avrebbe più alcuna validità pratica, dovendosi ammettere per disposizione legislativa tutt'altra opinione fondamentale.

2) Che un giureconsulto nelle sue opinioni così vacillante come Ulpiano, il quale non dichiaravasi mai volontieri e direttamente contro un partito e che aveva pure tanto a cuore l'uniformità (3) assimigliasse con alcune vaghe espressioni l'*ager vecigalis* più alla proprietà chè alle servitù, è naturale, stantechè l'istesso Zenone in una decisione molto vera avvicina l'enfiteusi alla proprietà elevandola al disopra delle servitù. Potrebbesi anche aggiungere, che dalle vaghe espressioni della L. 1. *de condict. tritic.* (13. 3.), sarebbe lecito conchiudere, che Ulpiano era nel novero di quelli, i quali riconoscevano all'enfiteuta un dritto di proprietà: ma ciò nulla decide, stantechè il contrario è statuito legislativamente. Tutto questo potrebbe essere anche ozioso, giacchè il medesimo giureconsulto in due altri luoghi, nei quali si esprime chiaramente, concede all'enfiteuta ed al possessore d'un *ager vectigalis* un semplice *jus praedii*, e negando loro ogni dritto di proprietà rafforza in tal modo la mia opinione:

L. 3. §. 4. *de reb. cor.* (27. 9.) Ulpiano lib. 35. *ad edictum.*

Si jus enfiteuticon hab at pupillus, an distrahi hoc a tutoribus possit? Et magis est, non posse, quamvis jus praedii potius sit.

L. 71. §. 5. 6. *de legat.* 1. (30.) Ulpiano lib. 51. *ad edictum.*

Si fundus municipum sit legatus, an legatum consistat, petique possit, videamus. Et Julianus scribit, quamvis fundus vectigalis municipum sit at amen, quia aliquod jus in eo is, qui legavit, habet, valere legatum. Sed et si non municipibus, sed alii fundum vectigalem legaverit, non videri proprietatem legatam, sed id jus, quod in vectigalibus fundis habemus.

Quando si considera, che l'istesso Giuliano, che secondo l'ultimo frammento nega al possessore dell'*ager vectigalis* il dritto di proprietà, pure in un altro luogo (4) non dubita di fargli acquistare i frutti per semplice separazione, e che Paolo, che sempre e maturamente pondera ogni parola, non ostante la riportata ed espressa opinione, che il successore d'un *ager vectigalis* non abbia alcun dritto di proprietà, e pure in modo assoluto afferma, che al medesimo compete l'*actio aquae pluviae arcendae et arborum furtim caesarum* (5), mi sembra chiaro e semplice il seguente risultato, ch'eravi un partito, che negava all'enfiteuta ed a simiglianti persone il dritto di proprietà, ma nondimeno riconosceva loro dritti maggiori di quelli d'un semplice fittajuolo o usufruttuario: ed appunto l'opinione di questo partito è generalmente confermata dalle Costituzioni posteriori.

3) Fu già pruovato, che nella L. 12. C *de fund. patrim.* (11. 61.) non concedesi all'enfiteuta il dritto di proprietà, se non quando gli avvenga di acquistarla posteriormente (6). Quand'anche il contrario fosse detto in questa legge, Savigny non potrebbe dedurne alcuna ragione decisiva per la

(1) L. 2. *de superficiebus* (43. 18.)
(2) L. 1. §. 7. 9 *eod.*
(3) Valga per esempio, L. 30, *de mort. caus. donat.* (39. 6.)
(4) L. 25. §. 1. *de usur.* (22. 1.)
(5) L. 23. §. 1. *de aqua et aquae pluv. arcend.* (39. 3.) L. 5. §. 3. *arbor. furt. caes.* (47. 7.).
(6) Questa spiegazione è pure quella di Kaemmerer, l. c. Du, Roi l. c. p. 69. 70.

sua opinione. Giacchè ammettendo, che nel Codice la legge posteriore deroghi all'anteriore, l'opinione degli Autori di quella Costituzione non meriterebbe più alcuna considerazione, stantechè in prosiegno Zenone con una espressa decisione nega all'enfiteuta ogni dritto di proprietà. Ove per contrario si volesse seguire l'opinione più vera, che nel Codice nessuna legge annulli l'altra, quello che al più potrebbesi concedere a Savigny sarebbe una semplice antinomia. Ma anche questa verrebbe esclusa dalle Novelle, le quali riconoscono all'enfiteuta soltanto un dritto, che abbia una certa simiglianza con quello di proprietà.

La seconda e novella opinione sopra mentovata, che in generale non riconosce come un dritto reale quello dell'enfiteuta, si fonda sulle seguenti ragioni. Certo l'espressione *ager vectigalis* riferiscesi in generale anche ai beni privati ed alla enfiteusi (1); ma in ispecialità ai soli beni municipali (2): e sebbene in tre frammenti ammettasi in un modo generale e vago una *vindicatio* a causa del *ager vectigalis* (3), pure da Paolo la *vindicatio* è data al solo possessore del *ager vectigalis* d'un *municipii* (4). E perchè a favore dei municipj facevansi molte eccezioni, che non erano applicabili ad altri casi (5), così anche questa determinazione non può essere estesa, dovendo quei tre generali ed indeterminati frammenti essere limitati da quello più particolare, e riferiti ai soli beni municipali, ai quali pure rapportasi ordinariamente presso i classici l'espressione, *ager vectigalis*.

Non voglio negare, che idee tanto ingegnose generarono per qualche tempo dei dubbj nel mio animo, ma una più matura riflessione mi fa seguire la comune teorica. Se l'enfiteusi non si fosse associata con alcuna *actio in rem*, non potrebbesi spiegare, come avesse potuto originarsi la quistione, se dovessesi riconoscere all'enfiteuta un *dominium*, come mai le Novelle possano dire, che l'enfiteusi importa quasi un dritto di proprietà, e che i classici i quali la considerano come qualche cosa di mezzo fra il fitto e la proprietà, potessero usare l'espressione *jus praedii*, che adoperavasi ordinariamente per le servitù reali. È questa pure una conseguenza necessaria del principio, *minus majori inest:* giacchè quando l'enfiteusi è concessa illimitatamente, essa contiene qualche cosa di più d'un semplice usufrutto e se all'usufruttuario davasi la *vindicatio*, dovrebbe essere data con più ragione all'enfiteuta.

Se Paolo avesse detto ristrettivamente, che la *vindicatio* fosse ammissibile soltanto per la enfiteusi dei beni municipali, gli altri tre frammenti che illimitatamente l'ammettono per l'*ager vectigalis*, dovrebbero essere intesi secondo una tale limitazione, ma non così si esprime Paolo. Se inoltre si considera, che sovente i frammenti delle Pandette si riferiscono a rapporti speciali, sol perchè gli scritti, dai quali furono estratti, casualmente trattavano soltanto di questi, e che il più delle volte è detto in un altro titolo, quello che fu dimenticato nel titolo principale; si sentirà là necessità di compiere l'espressione limitata di Paolo cogli altri tre frammenti. Questo seguita pure dalle semplici regole della interpetrazione grammaticale; giacchè l'espressione: si *ager vectigalis id est emphyteuticarius* è legge per noi sia che fosse interpetrazione o pur no. Se l'*ager vectigalis* e la *enphyteusis* sono identici, e se non può negarsi, che non vi à alcuna pruova, che l'enfiteusi debba particolarmente limitarsi ai soli terreni municipali, quei tre frammenti, che in generale ammettono per l'*ager vectigalis* ogni specie di azioni reali, ci valgono d'incontestabile pruova, che debbasi riconoscere la *vindicatio* ad ogni enfiteuta.

(1) L. 31. *de pignor.* (20. 1.) L. 23. C. *de admin. tutor,* (5. 37.)

(2) L. 1. *pr. si ager. vect.* (6. 3.). L. 15. §. 26. *de damn. inf.* (39. 2.) L. 13. C. *de praed. et al. reb. min.* (5. 71.)

(3) L. 12. §. 2. *de public. in rem act.* (6. 2.) L. 16. *de servit.* (8. 1.) L. 66. *pr. de evict.*

(4) L. 1. §. 1. *si ager vect.* (6. 3.).

(5) L. 1. §. 1. *de loco publ. fruend.* (43. 14.) L. un. §. 7. *ut in flum.* (43. 14.).

TRATTATO QUINDICESIMO

SULLA ROMANA *HABITATIO.*

La dottrina della *servitus habitationis* è stata invero trattata in tutti i compendj e libri scientifici, ed in tutti i commentarj delle Istituzioni e delle Pandette, e fu pure l'obbietto di speciali trattazioni (1): e nondimeno à poco guadagnato in chiarezza fin dal tempo dei Glossatori, di Donello, e Cujacio: ed anche del vasto trattato di Lynker potrebbesi quasi dire: *mostrum ingens cui lumen ademtum.* Ordinariamente gli Autori sono usi troncare la difficoltà colla breve osservazione, cho l'*habitatio* distinguesi dall'*usufructus et usus* stante l'estinzione di essa per il non *usus* e la *capitis diminutio*, come pure per la trasmissione agli altri, e cho in tutti i casi non importi alcun dritto di proprietà. Molti pure non curarono trattarne per la considerazione, che noi usiamo un idioma, il cui significato non può essere dedotto dalle espressioni Romane. Ma un tal metodo fu segno alla critica di Huber (2) sebbene anche nei suoi scritti sulle Istituzioni o Pandette, nei quali cadeva l'acconcio d'una trattazione più profonda, vedesi trattata questa dottrina con quella medesima brevità, colla quale lo è dagli altri.

È certo però, che i classici non furono di accordo sulla natura dell'*habitatio*: e fu questa la causa d'una decisione di Giustiniano. Le quistioni le più importanti sono le seguenti: l'*habitatio* si confonde coll'*usus* e coll'*ususfructus aedium*, o pure forma una servitù speciale, o una semplice delegazione sulla proprietà (3)? colui, al quale fu data l'*habitatio* può cedero in locazione l'esercizio del suo dritto (4)? vi è una semplice *habitatio*, quando è detto, che alcuno debba avere l'*usufructus habitandi causa* (5)? e quando l'*habitatio* fu data in un modo indeterminato dura forse un anno, o per tutto il periodo della vita (6)? Che le due ultime quistioni debbano essere risolute per l'affermativa, è deciso espressamente nelle Pandette, ma la decisione di Giustiniano si rapporta soltanto alle due prime quistioni, sebbene non in un modo assoluto, come ordinariamente si è uso affermare. Le parole di quella decisione, e particolarmente della L. 13. C. *de usufr.* (3. 33.) di cui deesi osservare, che apparve prima delle Pandette l'anno 530, sono le seguenti secondo l'edizioni le più comuni.

« Cum antiquitas dubitabat, usufructu
» habitationis legato et primo quidem, cui
» similis esset, utrumne usui, vel usufructui,
» an neutri eorum, sed jus proprium, et
» specialem naturam sortita esset (7) habita-
» tio: postea autem si posset is, cui habita-
» tio legata esset, eandem locare, vel domi-
» nium sibi vindicare,* auctorum jurgium
» decidentes, compendioso responso omnem
» hujusmodi dubitationem resecamus. Et si
» quidem habitationem reliquerit, et huma-
» niorem declinare sententiam nobis visum
» est, et dare legatario etiam locationis li-
» centiam. Quid enim distat, sive ipse lega-
» tarius maneat, sive alii cedat, ut mer-

(1) N. C. Lib. Bar. do Lynker, D. *de jure habitationis.* G. Majansii. *Disp. de habitatione.* F. Wieger, *Positiones juridicae de usu et habitatione.* C. H. Brenning, *Quaest. jur. civ. controversi an habitatio sit servitu. juris civilis.*

(2) *Economia Romana* p. 353. 354.

(3) L. 10. *pr. de usu et hab.* (7. 8.) L. 13. C. *de usuf.* (3. 33.) Eckhard, *Herm. jur.* p. 354.

(4) §. 5. I. *de usu et habit* (2. 5.) L. 13. C. cit.

(5) L. 10. §. 2. *de usu et hab* (7. 8.) Ulpiano: *sed si sic relictus sit, illi domus ususfructus habitandi causa, utrum habitationem solam, an vero et usumfructum habeat videndum. Et Priscus et Neratius putant, solam habitationem legatam; quod est verum. Plane si dixisset testator, usum habitandi causa non dubitaremus, quin valeret.* Ragione a così decidere si era la giunta: *habitandi causa*, la quale non lascia alcun dubbio su quello che intendevasi dire. Per l'ultimo caso non potevasene dubitare, giacchè secondo la precedente spiegazione di Ulpiano l'*usus* e l'*habitatio* sono quasi una medesima cosa, Majansius, l. c. §. 43.

(6) L. 10. §. 3. *eod.*

(7) In molti manoscritti è meglio scritto: *est.*

» eedem accipiat? Et multo magis, si habitationis usumfructum reliquerit, cum et nimiae subtilitati satisfactum videatur, etiam nomine usufructus addito. In tantum etenim valere habitationem volumus, ut non antecellat usufructum: nec dominium habitationis speret legatarius, nisi specialiter evidentissimis probationibus ipse legatarius possit ostendere, et dominium ejus domus esse relictum, tunc etenim voluntate testatoris per omnia obediendum est. Quam decisionem locum habere censemus in omnibus locis (1), quibus habitatio constitui potest ».

In questa Costituzione non è decisa in generale, come da molti opinasi, l'antica quistione sulla natura dell' *habitatio*, ma piuttosto è detto storicamente, che conveniva si, ch' essa aveva una natura propria, ed in quella trattavasi solamente di decidere, se dovesse negarsi all' *habitans* il dritto di locazione, anche quando gli fosse stato dato l' *usufructus habitationis*, ch' era in tutto pareggiato alla semplice *habitatio*: e con ciò era pure naturale decidere, se fosse un dritto di proprietà il suo. Che l' Imperadore intendeva limitare la sua decisione a quella quistione, è detto chiaramente nelle Pandette (2) ed anche da Teofilo (3). Volendo dunque meglio comprendere la natura propria dell' *habitatio*, è necessario avanti tutto fare attenzione a ciò, che è detto dai classici nelle Pandette, e possiamo con certa scienza affermare, che posteriormente l'*habitatio* non è stata intesa diversamente da quello che essi la intendevano, giacchè, come osservammo, le Pandette furono publicate dopo la L. 13. *C. cit.* e questa Costituzione non contiene alcuna decisione sulla natura dell' *habitatio*, sicchè non può riconoscersi ad essa alcuna forza derogatoria sulla dottrina, che leggesi nelle Pandette.

È importante avanti tutto esattamente fissare le differenze fra l' *usus*, l' *usufructus aedium et habitatio*, quali trovansi nelle Pandette. Sono le seguenti o almeno tali sarebbero secondo l' opinione di molti giuristi.

1) L' usufruttuario come l' usuario di una casa può pretendere non solo il godimento della parte abitabile, ma anche delle rimanenti parti di essa: l' *habitator* per contrario ha dritto a quello soltanto, che è propriamente destinato per abitazione, e non al godimento del terreno, del magazzino, del cellajo, delle stalle, del cortile, e del giardino (4). Ma questa opinione, che fu già contradetta, ma non bene confutata, è poco naturale (5). Giacchè in tutti i casi riconoscesi a colui il quale à dritto alla cosa principale, anche il godimento delle accessorie che vi si connettono, e questa è considerata come una necessaria conseguenza, ed è pure la sola ragione, per la quale si lascia il godimento delle cose accessorie anche all' usufruttuario d' una cosa (6). Quale sarebbe la ragione, che il godimento dell' *habitator* dovesse essere più circoscritto? forse perchè gli fu dato un semplice dritto di abitazione? In tal caso dovrebbesi dire il medesimo dell' *usufructus aedium*, giacchè il cortile ed il giardino non furono mai denominati *aedes*. Se poi volesse dirsi, che per la presunta volontà del concedente debbano essere comprese nell' usufrutto di una cosa anche gli accessorii di questa, il medesimo sarebbe applicabile per gli stessi motivi all' *habitatio*. Ciò è pure chiaramente deciso da una legge (7), la quale

(1) È da preferirsi la lezione: *in omnibus modis*. Donello, *Comm.* L. 10. c. 1.

(2) §. 5. 1. *de usu et hab.* (2 5.) *Sed si cui habitatio legata, sive aliquo modo costituta sit, neque usus neque ususfructus, sed quasi proprium aliquid jus, quamquam habitationem habentibus; propter utilitatem secundam Marcelli sententiam nostra decisione promulgata permisimus, non solum in ea degere, sed etiam aliis locare*

(3) Parafr. L. 2. T. 5. §. 5. *Si habitatio alicui legata, aut olio etiam modo constituta sit, neque usus videtur neque ususfructus, sed velut singolare quoddam jus. Quaesitum est autem, an habens habitationem aliis etiam possit locare? Et multis jureconsultis contradicentibus, soloque Marcello locationem permittente, facta est constitutio religiosissimi imperadoris nostri, quae hanc quaestionem decedit, et Marcelli sententiam probat, permittens, propter utilitatem rerum, non modo ipsum habitare si velit, sed et locare aliis.*

(4) Majansins, *Disp. cit.* §. 6. Huber, o Tomasio, *Ad Inst.* L. 2. T. 5. §. 6. Franzke, *Ad Inst. eod. ad Pand.* L. 7. T. 8. nr. 9. Gebauer, *Ord. inst.* L. 2. T. 5. §. 5. Wernher. *Lect. comm.* L. 7. 1. 8 §. 3. Madihn, *Princ*, §. 375. Malblank, *Princ.* §. 431. Gunther, *Princ.* §. 649.

(5) Lynker, I. c. *Sect* 4. §. 6. Hopfer, *Comm.* §. 382.

(6) L. 91. §. 5. 6. *de leg.* III. (32.) *Qui domum possidebat, hortum vicinum aedibus comparavit, ac postea domum legavit. Si hortum domus causa comparavit, ut amoeniorem domum ac salubriorum possideret, aditumque in eum per domum habuit, et aedium hortus additamentum fuit, domus legoto continebitur. Appellatione domus insulam quoque injuntam domui videri, si uno pretio cum domu fuisset comparata, et utriusque pensiones similiter accepto latas rationibus ostenderetur.*

(7) L. 81. § 3. *de leg.* I. 30.)

dispone, che il concetto di *habitare* importa pure, *ut iter et actum habeat:* e nondimeno niuno vorrebbe accogliere nella propria stanza di abitazione il bestiame, che passa per l'*actus*. Oltrechè il cortile la stalla il cellajo sono ordinariamente altrettanti *adminicula* della casa, potendo senza il godimento di quelli essere al tutto inutile l'uso di questa. Accennando a molti altri accessorii si potrebbero generare ulteriori difficoltà. Nondimeno vi sono due frammenti, che apparentemente sembrerebbero sostenere quella pretesa differenza. Uno di essi è di Scevola, che si esprime nel seguente modo:

L. 41. *pr. de S. P. U.* (8. 2.):

«Olympico habitationem et horreum, quod » in ea domo erat, quod viveret, legavit. » Juxta eandem domum hortus et coenaculum, quod Olympico legatum non est, » fuerunt; ad hortum autem et coenaculum semper per domum, cujus habi» bitatio relicta erat, aditus fuit. Quaesi» tum est, an Olympicus aditum praestare » deberet? Respondi, servitutem quidem » non esse, sed heredem transire per do» mum ad ea, quae commemorata sunt, » posse, dum non noceat legatario. »

Ma come anche i Glossatori osservarono, qui trattasi evidentemente d'un caso in cui il giardino ed il *coenaculum* non facevano propriamente parte della casa; sicchè anche l'usufruttuario di essa non avrebbe potuto in alcun modo pretendervi. Il secondo frammento molto più lungo è tratto da Ulpiano *ad Sabinum* (1), nel quale l'Autore comincia colle seguenti parole: *plenum autem usum debet habere, si et villae et praetorii relictus est*, ed in prosieguo dichiara, che un tale usuario abbia *praeter habitationem* anche il *jus deambulandi et gestandi*, e possa pure trarre il necessario dai frutti del territorio anche per i suoi parenti ed ospiti, colla condizione però, *ut utatur dumtaxat in villa*. Se la parola *villa* intendesi come si è uso molte volte (2) per un luogo di abitazione di campagna ossia per il semplice edifizio, s'incontreranno certo molte difficoltà, giacchè il Giureconsulto riconosce all' *usuarius villae* il dritto di godere del necessario legname, frutta, e frumento, e per ragioni astratte e per analogia niuno certo vorrà affermare, che colui, al quale è data una semplice *habitatio*, possa anche pretendere il godimento dei prodotti del suolo. Nondimeno è noto, che la parola *villa* accenna appunto al territorio, sul quale è sita la casa di abitazione (3), sicchè ogni difficoltà è rimossa. Il concetto dell' *habitatio* estendesi al solo edificio ed agli accessorii necessarii per un più comodo godimento di quello. L' *usus* per contrario comprende ogni specie di cose ed anche le fruttifere. Dimodochè quando una persona avrà ottenuto congiuntamente l'uso di più cose, le quali potessero essere usate sia abitandole o in altro modo, il suo dritto si estenderà a tutte, perchè l'uso è pure possibile per tutte. L'*habitator* per contrario deesi principalmente accontentare dell'abitazione, non perchè egli non abbia diritto agli accessorii, ma perchè l'obbietto del suo dritto è limitato, e sarebbe il medesimo anche dell' *usus*, quante volte fosse stato così limitato, come per esempio quando è legato il semplice *usus damus in villa*.

2) Secondo il dritto delle Pandette l' *usufructus* ed anche l'*usus* (4) sono perduti a causa di qualunque *capit. deminutio* (5), e Giustiniano derogò a questa regola soltanto per la *capitis deminutio minima* (6). Nondimeno ricuperavasi l' usufrutto dopo riacquistata la capacità, quando lo fosse stato espressamente ordinato, o fosse stato espressamente dato per tutta la durata della vita (7). L'*habitatio* per contrario non era perduta per qualunque siasi *capitis deminutio* (8), e perciò riusciva al tutto oziosa la clausola, che dovessero durare per tutta la vita, intendendosi per se stessa (9). Nondimeno quasi in tutti gli scritti affermasi, che quel principio fosse applicabile alla sola *capit. deminutia minima* (10), sicchè dopo il novello dritto di Giustiniano l'usufrutto pareggerebbe interamente l'*habitatio*. Ma con più ragione altri rapportano un tal principio ad ogni *capitis deminutia*, giacchè in entram-

(1) L. 12. *pr.* §. 1. *de usu et hab.* (7. 8.).

(2) L. 8. 9. 10. *pr. quib. mod. usufruct. amis.* (7. 4.) L. 81. §. 3. *de legib.* I. (30.)

(3) L. I. §. 2. *de agnosc. vel al. lib.* (25.2). *Domum accipere debemus, hospitium, si in civitate maneat; quod si non sit, sed in villa vel in municipio, illic ubi larem matrimonia collocarent.*

(4) L. I. §. 1. *de usu et habit. amit.* (7. 4.)

(5) L. I. *pr. quibus modis usufructa amitt.* (7. 4.)

(6) L. 17. C. *de usuf.* (3. 33.)

(7) L. 2. §. 1. L. 3. *pr.* §. I. L. 5. *pr. quib. mod. usufr. amit.* (7. 4.) *L.* 3. §. 2. *usufr. quem cav.* (7. 9.) L. 8. *de ann. leg.* (33. 1.) L. 23. *de usu et habit.* (7. 8.)

(8) L. 10. *de cap. deminut.* (4. 5.) L. 10. *pr. de usu et habit.* (7. 8.)

(9) L. 15. *de usu et usufruct.* (33. 2.) Cujacio, *Camm. ibid.* (op. v. VII. p. 1350, 1351.)

(10) Questo cerca provare con una *petitio principii* Mojansius, *l. c.* 4. §. 10.

bi (1) i frammenti, nei quali è parola dell'*habitatio*, è detto in un modo assoluto, che la *capitis deminutio* non importa la perdita di essa: e ciò può considerarsi come indubitato trovandosi ripetuto il medesimo principio in un caso simigliante (e come sarà pruovato in seguito anche al tutto identico) senza essere limitato alla semplice *capitis deminutio minima* (2). Riesce soltanto difficile assegnare la ragione d' una tale regola. Modestino à detto a tal proposito quanto segue:

L. 10. DE CAP. MINUT. (4. 5.)

» Legatum in annos singulos vel menses » relictum, vel si habitatio legetur, morte » quidem legatarii legatum intercidit, capi» tis deminutione tamem interveniente per» severat: videlicet quia tale legatum in » facto potius, quam in jure conistit ».

Queste oscure parole furono variamente interpetrate (3). Alcuni opinano, che le parole *uti* o *frui* accennino ad un fatto, ed anche ad un dritto; che l' *habitatio* per contrario si riferisca ad un obbietto stabile e non soggetto ad estinzione. Questa spiegazione però è un miserabile giuoco di parole, e manca pure di verità giuridica, giacchè l'*habitator* non à dritto all' obbietto, ma ad un semplice fatto. In una seconda e più comune interpetrazione affermasi, che in ogni frammento la parola *factum* è usata per siguificare l' equità in opposizione collo stretto dritto civile; sicchè in quel frammento sarebbe detto, che l' *habitatio* come semplice istituzione di equità non sia regolata dai principii severi della *capitis deminutio* (4). Ma con ciò pure nulla è detto; giacchè Modestino applica la sua ragione anche ai legati annui o mensili, i quali non sono certo semplici istituzioni di equità. Prendendo in considerazione un altro frammento (5) è innegabile, che per l' intelligenza della ragione del giureconsulto Romano dovrebbesi dire con una terza opinione (6) che un simigliante legato non costituisce alcuna unità giuridica, ma che rinnovandosi sempre ad ogni novello periodo di tempo, si ripeta con ogni nuovo fatto. Ma anche in tal modo inteso il ragionamento del giureconsulto non è migliore della sentenza di Callistrato: *Curatores Caesaris jus deportandi non habent, quia hujus poenae constituendae jus non habent* (7): stantecchè il dritto di abitazione è pure, come lo dicono le leggi (8), una unità duratura, e se un tal dritto rinnovasi perennemente contro la *capitis deminutio*, vi dovrebbe essere una ragione particolare, che rendesse possibile un tale rinnovamento, e questa non può scorgersi senza incorrere in un circolo di parole nello stesso fatto del rinnovamento; sicchè è forza conchiudere, che vi debbano essere altre ragioni. Nella fine di questo trattato io mi proverò ad investigarle, e giustificarle.

3) L'*usufructus* e l'*usus* sono perduti per il *non usus* (9) anche secondo il codice, il quale n'estese solamente il termine (10). Per contrario il *non usus* non nuoce all'*habitator* (11), sebbene non possa dubitarsi, che possa perdere il suo dritto secondo i principii della prescrizione. Le leggi non ci danno a conoscere la ragione d' una tale differenza. Gl' interpetri ricorrono novellamente all'espressione *in facto consistit*, o confessano la propria ignoranza, ed era questa una ragione sufficiente per *Titius* per negare ogni influenza pratica ad una tale distinzione (12). Altri non furono certo così ingegnosi, ma per differenti motivi negarono per il dritto moderno quella distinzione. Io stesso in altra occasione affermai, che il *non usus* importava la perdita dell' *habitatio* per la decisione di Giustiniano, che l' *habitator* non dovessa avere dritti maggiori di quelli dell' usufruttua-

(1) Connano, *Comm. ad Instit.* L. 4. c. 5. nr. 5. Ludwel, *Ad Instist. eod.* nr. 2. Harprecht, *Ad Instist. eod.* nr. 15. Perez, *Cod.* L. 33. T. III. nr. 7.

(2) L. 11. *de alim. legat.* (33. 1.) L. 3. *de his quae pro non script.* (34. 8.) L. 11. *de interdict. et releg.* (48. 22.)

(3) Particolarmente Cujacio, *Quaestion. Papinian.* L. 17. *ad* L. 2. *de usu legat.* L. 18. *ad Princ.* L. 10. *de usu et habitat.* (op. vol. IV. p. 456. 501.) *Different. Modestini* Lib. IX *ad* L. 32. *de r. v.* (op. vol. V. p. 1195). *ad Instist.* L. 2. c. 5. (op. vol. VIII. p. 947.) *Notae ad Instit.* L. 2. c. 5. (op. vol. I. p. 81.) *Parat. ad Codic.* L. 3. T. 33. (op. vol. II. p. 173 174.) *In lib. IV. prior. Codic.* L. 3. T. 33. (op. vol. X. p. 939.)

(4) Si veggano gli ultimi scritti citati nella prima nota di questo trattato, o Noodt, *De pact. et transact.* c. 8. Nispen, *Ad Modestini* libr. IX. *different.* cap. IX. (*in Oelrichs thesaur. Diss. jur. select.* v. I. T. 1. p. 87. 88.)

(5) L. 1. *pr. quando ususf. legat.* (7. 3.)

(6) Donello, *Comment.* L. 10. c. 21. G. L. Boehmer, *Observ. ad sententiam Modestini in* L. 10. *D. de cap. minut.* Glück, *Comm. delle Pandette.* vol. 1. p. 2.

(7) L. 3. *pr. de offic. procur. Caes* (19,)

(8) L. 15. *pr. de usufr. leg.* (33. 2.)

(9) Paolo, *Sentent. rec.* L. 3. T. 6. §. 30.

(10) L. 16. C. *de usufr.* (3. 33.) conferit. con L. 13. C. *de servitut.* (3. 34.)

(11) L. 10. *pr. de usu et habet.* (7. 8.)

(12) Tilius, *jus privat.* L. 3. c. 12. §. 31.

rio (1). Ma ritraggo questa opinione già contradetta da altri (2). Imperocchè, come precedentemente osservammo, la decisione di Giustiniano nulla decide in generale sulla natura dell' *habitatio*, e le parole, *ut non antecellat usumfructum*, significano soltanto, che l'*habitator* non debba avere alcun dritto di proprietà. Quando anche la sua decisione fosse dubbia su questo punto, ogni dubbio sarebbe rimosso osservando, che posteriormente colle Pandette fu rigettata in un modo assoluto la perdita dell' *habitatio* per il *non usus*, e che nel dubbio non debbasi mai presumere una derogazione alle Pandette per mezzo del Codice, particolarmente quando la Costituzione di questo abbia una data più remota di quelle. Vultejus si è provato ad escludere quella differenza in tutt' altro modo (3): egli afferma, che siccome l' *habitatio* è una servitù, e che Giustiniano nella L. 13 C. *de servit. et aqua* (13. 34.) à statuito *ut omnes servitutes non utendo amittantur*, dovrebbesi applicare il medesimo anche all'*habitatio*. Ma considerando che l'espressione: *servitutes* si rapporta particolarmente alle sole servitù reali (4), che il Tit. C. *de servit et aqua* tratta di queste sole servitù, e che la L. 13. C. cit. è più antica delle Pandette, è evidente la falsità di quella opinione. Del resto alla fine del presente trattato ritornerò sulla ragione di quella differenza.

4) L' usufruttuario può vendere o cedere ad un altro l' esercizio del suo dritto (5): lo può pure l' usuario colla limitazione però, che debba sempre in qualche modo goderne egli stesso (6); l' *habitator* per contrario non può trasmettere ad un altro per donazione l' esercizio del proprio dritto, ma gli è lecito farlo per locazione. Quest'ultima parte è ordinata espressamente nella decisione di Giustiniano, e la prima leggesi nelle Pandette (7). Quella limitazione imposta all'usuario può essere giustificata dal concetto dell' *usus*: giacchè usare d' una cosa importa, che si debba operare personalmente sopra essa; se per contrario se ne ritraggano delle rendite, saranno queste piuttosto dei *fructus*: sicchè non può dirsi *uti* d'una cosa senza il proprio fatto di colui, che vi à dritto. Ma su quale ragione si fonda la limitazione apposta all'*habitatio*? Questa non fu investigata da alcuno, sebbene come osserveremo in seguito, sia facile il farlo. Comunemente affermasi, che una tale limitazione fu creduta necessaria sol perchè l' usufrutto contenesse qualche cosa di più dell' *habitatio*. Ma donde proviene una tale necessità, se sotto altri rapporti l' *habitator* è più favorito dell' usufruttuario? Donde seguì, che i più degl' interpetri amarono meglio rigettare la regola anzichè dire qualche cosa al tutto mancante di senso. Cujacio opinò variamente anche su questo proposito. In un luogo (8) egli tiene letteralmente alla legge osservando con molta verità, *nam plus est donare quam locare. Nam qui locat, fruitur habitatione percipiendo mercedem.* Ma in altra occasione (9) egli permette all'*habitator* il donare a causa della L. 1. § 1. *commod.* in cui Ulpiano dice: *etiam habitationem commodari posse*; e con ciò si pretenderebbe derogata la L. 10. *Pr. de usu et habit.* (7. 8.) che vieta la donazione dell' *habitatio*. Leggesi questa opinione anche in altri (10), ma non può essere sostenuta; stantechè la *L.* 10. *pr. cit.* è pure di Ulpiano, e trovasi egualmente nelle Pandette. Quando dunque non voglia ammettersi una antinomia, fa mestieri, che la *L.* I. § 1. sia intesa in tutt' altro senso, e ciò diviene manifesto sol che si consideri, che le parole *habitationem commodari posse* sono relative al caso, in cui non l' *habitator*, ma il proprietario della cosa concede un dritto di abitazione per *comodatum* (11). È parimenti arbitraria l'affermazione (12), che la *L.* 10. *pr. cit.* si fondi sopra un'antica opinione di molti giuristi annullata posteriormente dalla decisione di Giustiniano, che l' *habitatio* paregglasse interamente l'*usus*: giacchè in quel frammento la parola: *idem pere esse* provano per contrario, che l' autore di esso non considerava come simili l' *usus* e l' *habitatio*. E perchè Giustiniano permetteva soltanto *locare* e poi novellamente di-

(1) Il mio scritto sulla prescrizione §. 58.
(2) Glück, *Comment. delle Pandette* v. IX. p. 382.
(3) Vultejus, *Comment. ad Instit.* L. 2. T. 5. e *jurispr. Rom.* L. I. c. 63. not. 10.
(4) Rubr. Tit. Pand. *de servit.* (8. 1.) §. 4. *de reb. corp.* (2. 2.) §. 6. 1. *de usu* (2. 5.)
(5) L. 12. §. 2. *de usufruct.* (7. 1.).
(6) §. 2. 1. *de usu* (2. 5.) L. 4. pr. 4. 8. pr. D. *eod.* (7. 8.)
(7) L. 10. *pr. eod.*
(8) Cujacio, *Quaest. Papinian.* L. 18. *ad princ.* L. 10. *de usu et habit.* (op. v. 4. p. 501.)
(9) *Ad Instit.* L. 2. c. 5. (op. vol. VIII. p. 917.)
(10) Ottomanno, *Observ.* L. 3. *obs* 23. Ottone, *Ad Instit.* L. 2. T. 5. §. 5.
(11) Bachovius, *Ad Instit.* L. 2. T. V. §. Ludwel, *eod.* Voet, L. 7. VIII. §. 6.
(12) Glück, *Comment. delle Pandette* v. IX. p. 461.

chiamava nelle Pandette, che non fosse lecito *donare*? Secondo l'opinione di *Merillius* (1), in quella decisione sarebbe detto: *ut tantundem juris habeat habitatio legata, ac si usufructus legatus esset.* Ma niente altro leggesi oltre del principio negativo, che l'*habitator* non dovesse avere più dritti d'un usufruttuario, e nessun logico potrebbe dedurne quel positivo *tantundem*. Quando infine Wernher afferma, che quel divieto si riferisca alle sole e vere cessioni, e non alla trasmissione gratuita dell' esercizio dell'*habitatio* (2), sarebbe nel debito di farci conoscere, donde abbia tratta una tale dottrina. In tutti i casi l' interpetrazione grammaticale dee riconoscere quella distinzione.

5) L'usufrutto e l' uso non sono soggetti rispettivamente alla loro durata all' arbitrio del concedente o dei successori di lui. L'*habitatio* per contrario, quante volte è acquistata per donazione tra vivi, può essere rivocata dagli eredi del donante. Le Pandette lo dicono ben due volte, ma non nel titolo principale sull'*habitatio*; ed è questa la ragione, perchè rare volte è parola d' una tale differenza nei nostri scrittori. In un frammento (3) Papiniano racconta il seguente caso: un discepolo donò in un modo assoluto una *habitatio* al suo maestro in compenso della istruzione ricevutane in rettorica. Dopo la morte del donante i suoi eredi non vollero più permettere al donatario l'uso della casa. Ma Papiniano opinò in contrario per la ragione: *non meram donationem esse, verum officium magistri quadam mercede remuneratum.* Con ciò è detto *implicite*, che gli eredi ne avrebbero avuto il dritto, quando fosse stata una semplice donazione. Molto più decisivo è un secondo frammento, che contiene un parere di Scevola, espresso nel seguente modo: *L.* 27. DE DONAT. (39. 5.) *Lucius Titius epistolam talem misit: Ille illi salutem. Hospitio illo, quamdiu volueris, utaris, superioribus diaetis omnibus gratuito: idque te ex mea voluntate facere, hoc epistola notum tibi facio.* Quaero, an heredes ejus habitationem prohibere possint? Respondit, secundum ea, quae proponentur, heredes ejus posse mutare volontatem ».

Il modo ordinario, onde fu cercato chiarire questo frammento ed evitare pure una singolarità apparentemente inconcepibile, si è di supporre un *precarium*, al quale si pretende (4), che accennino le parole: *idque te ex mea voluntate facere.* Ma è manifesto, che quelle parole dicono che la lettera era fatta, perchè il donatario potesse essere al caso di giustificare la donazione, ed in entrambi i frammenti non leggesi la menoma espressione, che sembri condurre a quella supposizione: che anzi le parole dell'ultimo frammento *quamdiu volueris* esprimono appunto il contrario. È perciò, che Fabro nell' opera, in cui si permise le più azzardate congetture (5), avvisossi poter cambiare il *volueris* in *voluerim*. Ma nell' opera posteriore sulla pratica, nella quale era necessaria una maggiore esattezza giuridica, egli si mostra pentito d' una critica tanto arbitraria, e cerca provvedervi con ingegnose combinazioni (6), le quali sono talmente strane, che fu certo un tratto di gentilezza quando un altro scrittore (7) diceva: *prorsus disputatio Fabri nodum hunc non solvit.* Ma perchè i due frammenti esprimonsi chiaramente su questo punto, è necessario di accordo con Cujacio (8) rimaner fedele alla lettera della legge, sebbene, come fu pure osservato da Fabro (9), non sia molto giusta la spiegazione data da quello. Giacchè alla sua opinione, che questa materia fosse in connessione colla *Lex Cincia*, può opporsi; che è al tutto incerto, che questa legge limitasse la donazione ad una determinata misura (10), ed in tutti i casi è inconcepibile, che si volesse particolarmente limitare una donazione tanto poco importante, qual' è quella dell' *habitatio*. Oltrechè non comprendesi, come mai Giustiniano avesse voluto conservare per l' *habitatio* una limitazione, che ove fosse esistita, sarebbe stata annullata per gli altri casi. Da quello che segue si rileverà, che quella stessa ragione, la quale domina tutta la presente materia, spiega pure d'un modo naturale questa pretesa singolarità.

6) L' *habitatio* non costituisce alcuna servitù come l' usufrutto e l' uso. Ciò è detto da molti interpetri, sì per l' espressione: *in facto consistit*, come pure perchè nella *L.* 1. DE SERVITUT. (8. 1.) non vedesi noverata l' *habitatio* fra le servitù reali (11). Contro quest' ultima ragione non è

(1) *Merillius*, *Exposit. in L. Decis. Justin.* nr. XV.
(2) Wernher, *Lectiss. Comment.* L. 7. T. VIII. §. 3.
(3) L. 27. *De donation.* (39. 5.)
(4) Voet, L. 7. T. 8. §. 7. *et ib. cit.*
(5) *Conjecturae*, L. 2. c. 19.
(6) *Error pragmat.* Dec. 77. Err. 8.
(7) Vissenbach, *Disp.* 10. n. 16.
(8) *Obs.* L. 17. c. 33. L. 21. c. 37.
(9) *Error pragmat.* l. c.
(10) Hockmann, *Ad Bach hist. jur.* p. 152. not. *. Hugo, *Storia del dritto Romano*, §. 136.
(11) Ottomanno, *Observ.* L. 3. *obs.* 23.

necessario opporre con alcuni (1), che l'autore della *L. 1. cit.* considerava l'*habitatio* come una specie dell'*usus*: giacchè quel frammento ricorda soltanto a modo di esempio alcune servitù personali. Dopo il già detto ci crediamo dispensati dal rispondere alla prima ragione. È decisivo per contrario contro quella opinione, che le Istituzioni le Pandette ed il Codice trattano dell'*habitatio* in pari tempo che delle servitù, più volte la denominano *jus*, e che tutta la quistione, se l'*habitatio* fosse un semplice usufrutto o uso, non avrebbe potuto originarsi, se non fosse stata generalmente riconosciuta come un dritto reale (2).

7) Si pretese infine trovare una differenza fra l'*usus* e l'*habitatio* per la ragione, che per questa ultima ammettesi il *jus accrescendi* (3) e non per il primo (4). Nondimeno non è provato, che un tal dritto non si appartenga anche all'usuario in quei casi, nei quali è ammissibile (5).

Fino a questo punto i risultati dommatici sarebbero in certo modo chiari. Ma chi potrebbe accontentarsi di questa confusa massa di particolari, finchè rimangono oscure le ragioni di decidere, particolarmente quando si considera, che i classici giureconsulti Romani s'addimostrano in tutte le occasioni conseguenti ed ingegnosi, ch'essi attingevano tutte le loro opinioni dall'esperienza viva del tempo, e non s'istupidivano come molti moderni giuristi sotto il peso d'una erudizione storica compresa sempre per metà? Io mi proverò ad esporre quelle ragioni, ed a chiarire tutta questa dottrina con un pensiero fondamentale.

Ogni idioma à le sue delicate distinzioni, alcune limitazioni e concetti accessorii, che possono addivenir comprensibili e chiari soltanto per un uso frequente e dopo un lungo studio, ed in gran parte sfuggono alla storia sterile e limitata di quel medesimo idioma. Conosccsi quello che sotto un tale rapporto manca ai dotti conoscitori della lingua Francese che l'appresero soltanto per studio; e la nostra lingua patria ci presenterebbe pure simiglianti esempj, quando ci si porgesse sovente l'occasione d'udire i Francesi parlare il Tedesco. Così per esempio le seguenti espressioni Tedesche: ***sie konnen sich heute bey mir sättigen***: ***an meinem tische plaz finden***, ***bey mir zu essen bekommen*** e simiglianti non saranno usate con altri, che verso i poveri, e pure niun filologo antiquario sarà al caso di comprenderne le delicate differenze per mezzo della semplice filologia. Se si ritiene, che presso i Romani la concessione dell'*habitatio* era appunto l'espressione, colla quale per commiserazione usavasi provvedere un povero di abitazione, ne sarebbe chiarita tutta questa dottrina anche nei più minuti particolari. Si chiarirebbe in prima quello, che nelle pagine precedenti fu detto della *capitis deminutio*: giacchè i Romani per una ben fondata equità ammettevano il principio generale; che il dritto degli alimenti fosse indipendente da qualunque capacità civile e giuridica, e dovesse essere quindi considerato come puramente naturale, e sarebbe per conseguenza applicabile anche all'*habitatio* quello che dice Cajo:

L. 8. *de capit. minut.* (4. 5.).

« Eas obbligationes, quae naturalem praestationem habere intelliguntur, palam
« est, capitis deminutione non perire, quia
« civilis ratio naturalia jura corrumpere
« non potest. Itaque de dote actio, quia
« in bonum et aequum concepta est, nihilominus durat etiam post capitis de-
« minutionem. »

Con ciò diverrebbe pure chiaro, perchè l'*habitatio* non era perduta per l'istituzione puramente civile del *non usus*. Questo può anche spiegarsi per mezzo di analogie. Il dritto di passaggio verso un sepolcro era pure una servitù, e particolarmente una *res humani juris*, del quale colui, a cui appartenevasi, poteva sicuramente disporre (6). E nondimeno in onore della religione, non perdevasi un tal dritto per *non usus* (7). Per il dritto degli alimenti vi erano ragioni ancor più potenti per decidere il medesimo, e per non ammettere l'influenza d'una istituzione puramente civile sopra rapporti assolutamente naturali. L'altra differenza relativa alla donazione ed alla locazione dell'*habitatio* può essere egualmente spiegata d'un modo molto semplice, e con ciò pure si comprenderebbe facilmente, perchè molti giuristi non permettono la donazione, e perchè l'*habitatio* è limitata nel dubbio ad un solo anno. Anche noi non vedremmo volontieri, che colui, al quale cediamo l'abitazione

(1) Majansius, *Disp. cit.* §. 7.
(2) Vultejus, *Ad Instit.* L. 2. T. 5. 1. nr. Costa, *ibid.* Westphal, *De libert. praedior*, § 767.
(3) L. 31. *pr. de usu et usufruct.* (33. 2.)
(4) Perez, *In Cod.* L. 3. T. 33. nn. 37.
(5) Thibaut, *Sistema delle Pandette* v. II. §. 845. not.
(6) L. 14. §. 1. *de servitut.* (8. 1.)
(7) L. 4. *quem servit. am.* (8. 6.)

per commiserazione, sostituisse arbitrariamente a se stesso altre persone, o che sconsideratamente dissipasse quello, che era destinato soltanto per il suo sostentamento. S'egli riceve per commiserazione qualche cosa per un determinato uso, è necessario che se ne giovi secondo la intenzione del suo benefattore. Il così detto *beneficium competentiae ex persona tertii* si fonda quasi interamente su queste ragioni. Da ciò pure seguì la difficoltà di ammettere la locazione, giacchè il prezzo ritrattone poteva essere facilmente dissipato; e non farà quindi meraviglia, se prima di Giustiniano il solo giureconsulto Marcello opinasse per la locazione. La limitazione alla durata d'un solo anno sarebbe invero alquanto arbitraria, ma non al tutto contro natura. Anche oggigiorno occorre sovente, che agli uomini i più benefici non piace di essere rigorosamente obbligati nell'esercizio dei loro benefizii, e perciò cercano per quanto è possibile limitare simiglianti obbligazioni. Molto più facile si persuadono a pagare in una sola volta una somma importante, anzichè promettere un pagamento mensile anche per pochi mesi: ed è pure forza per il povero sobbarcarsi a molte limitazioni poco giuridiche sì per gratitudine c. e per il bisogno. Chi per esempio promette ad un povero una somma mensile, sarebbe naturalmente obbligato a pagarla per tutta la vita di quello, dovunque gli piaccia stanziare. E pure affermasi generalmente, che un tale obbligo cessi cambiando quegli di domicilio. Così fu pure facile, che si originasse l'idea, che nel dubbio sulla durata dell'*habitatio* dovesse pretendersi dal benefattore piuttosto il *minimum*, che il *maximum*. Colla medesima considerazione sarebbe anche chiarita la regola, che gli eredi potevano riprendere l'*habitatio*. Giacchè la concessione di questa essendo stata fatta per pietà e commiserazione, si fonda conseguentemente sopra un sentimento individuale, che non può essere presunto negli eredi. Un tale principio era conseguente al pari dell'altro, che un mandato per semplice ufficio di amicizia estinguevasi irrevocabilmente colla morte, e che l'obbligo degli alimenti e della dotazione non trasmettevasi agli eredi.

(1) L. 6. 21. 23. *de alim. legat.* (33. 1.) L. 41. *pr. de ventre* (37. 9.)

Una tale interpetrazione si raccomanda non solo, perchè pone perfettamente di accordo fra loro tutte le specialità di questa dottrina, ma perchè si fonda pure sopra ragioni positive e particolari. Appunto quando è parola degli alimenti, occorre sempre l'*habitatio* come parte di essi, e non mai l'*usus* o *l' ususfructus aedium* (1). Ma più decisiva è la L. 8. *pr.* §. 1. *de transact.* (2. 15.). In questa Ulpiano dopo avere osservato, che una transazione sugli alimenti doveva esser convenuta davanti al Pretore, fa succedere immediatamente le parole: *ejusdem praetoris notio ob transactionem erit, sive habitatio, sive vestiarium, sive de praediis alimentum legabitur.* Sicchè qui l'*habitatio* è considerata come un legato di alimenti.

Del resto molte altre cose del dritto Romano potrebbero essere spiegate in un simigliante modo. E fra queste io novero il ben noto principio, che il *partus ancillae* non si apparteneva all'usufruttuario, giacchè non era un *fructus*. La ragione, colla quale molti dei più recenti autori si pruovarono a spiegare un tal problema (1), che l'umanità Romana considerava lo schiavo come cosa soltanto in rapporto col suo padrone, non mi sembra soddisfacente. Giacchè il padrone poteva vendere il figlio dello schiavo come cosa, quantunque volte venivagliene il talento; e perchè non potevasi ritenere come una vendita la concessione della madre in usufrutto?

L'uso presente del nostro idioma avrebbe dovuto anche in questo caso condurci ad una ragionevole presunzione. Oggi giorno la donna la più volgare non dirà certo di suo figlio *il mio frutto*, ed anche l'uomo, quando non usi un lingnaggio corrotto e materiale, non dirà dei suoi figli che sieno il frutto della sua attività. Queste delicatezze di lingua, che occorrono nel nostro linguaggio, non dovrebbero certo far meraviglia presso i Romani. Con ciò si spiegherebbe pure facilmente quello che dice Giustiniano:

§. 37. 1. DE RER. DIVIS. (2. 1.):
« Partus ancillae in fructu non est. Ab« surdum enim videbatur, hominem in « fructu esse, quum omnes fructus rerum « natura gratia hominis comparavit. »

(1) F. Meister, *Prolus. ad* L. 68. *pr. usuf. nec non* L. 28. §. 1. *de usufr.*

TRATTATO SEDICESIMO

SULLA *POSSESSIO* DEL CONJUGE DONATARIO.

Non ancora sembra interamente definita la quistione, se il conjuge donatario abbia la *possessio* in quei casi, nei quali la donazione è vietata fra i conjugi. È indubitato, che da una donazione nulla non si genera alcuna *possessio ad usucapionem* (1); ma manca la medesima certezza per la *possessio* nel senso stretto, in cui è usata questa parola, la *possessio* cioè *ad interdicta*. Mi sembra almeno, che nessun interpetre ne rimosse tutte le difficoltà d' un modo naturale. È perciò, che anche Cuper à creduto scorgere una contradizione fra le leggi relative a questa dottrina (2).

I tre frammenti che seguono sono generali, ed al tutto decisivi per la *possessio*:

L. 1. §. 4. DE ACQ. POSS. (41. 2.) Paolo lib. 54. *ad edictum*.

Si vir uxori cedat possessionem donationis causa, plerique putant possidere eam; quoniam res facti infirmari jure civili non potest. Et quid attinet dicere, non possidere mulierem, cum maritus, ubi noluit possidere, protinus amiserit possessionem?

L. 16. *ibid*. Ulpiano lib. 13. *ad edictum*;

Quod uxor viro, aut vir uxori donavit, pro possessore possidetur.

L. 1. §. 2. *pro donato* (41. 6.) Paolo lib. 54. *ad edictum*.

Si inter virum et uxorem donatio facta sit, cessat usucapio. — Possidere autem uxorem rem a viro donatam, Julianus putat.

Questi frammenti ci danno chiaramente a divedere, che non tutti i classici Romani opinarono dello stesso modo sulla *possessio* del donatario, e che alcuni la negavano: motivo d'un tale diniego doveva essere certamente il divieto della donazione. Ma con ragione Giuliano, Paolo ed Ulpiano dichiararonsi per il possesso; giacchè essendo questo uno stato di fatto, e non negandosi al ladro ed al masnadiero non comprendesi, perchè non debba poterlo avere anche il conjuge donatario: al più potrebbesi affermare, che un tal dritto non gli provenga per donazione essendo questa nulla, sicchè dovrà dirsi che lo à acquistato colla sua volontà e col corpo: è perciò, che molto ragionevolmente osserva Ulpiano, ch' egli possiede soltanto *pro possessore*. Nel primo frammento Paolo fa uso d' un argomentazione, che secondo l' avviso di Cuper sarebbe *parum prudenter scripta*, ma che a me sembra molto ingegnosa. I suoi contradittori gli avevano certamente fatta l' obbiezione, che a causa del divieto della donazione, il marito non poteva nè anche trasmettere il possesso alla moglie: ma Paolo vi oppone nel suo consueto modo la ragione molto decisiva, che non potrebbesi vietare al marito l'abbandono del proprio possesso, e con ciò sarebbe rimossa ogni difficoltà, giacchè non potrebbesi anche vietare alla moglie di cominciare ed acquistare da se stessa un possesso. Per l' *interdictum unde vi* questa quistione è pure risoluta affermativamente in un frammento (3) che anche quando fosse differentemente e meglio interpetrato di quello che lo sia stato finora (4), contiene sempre il principio, che il donatario possa giovarsi dell' interdetto.

Soltanto i due frammenti che seguono, potrebbero essere considerati come *leges obstantes*.

L. 26. *pr*. DE DONAT. INTER V. ET U. (24. 1.) Paolo, lib. 7. *ad Sabinum*.

Si eum qui mihi vendiderit, jusserim eam rem uxori meae donationis causa dare, et is possessionem jussu meo tradiderit, liberatus erit; quia licet illa jure civili possidere non intelligatur, certe tamen venditor nihil habet, quod tradat.

(1) L. 1. §. 2. *pro donato* (41. 6.)

(2) R. Cuper, *Obs. de natura possessionis*. p. II. Thes. XI. nella ediz. pubblicata a mie cure. Jen. 1804. p. 106. 107.

(3) L. 1. §. 9. 10 *de vi et vi am*. (43. 16.)

(4) Finora le parole *poterit interdicto uti* furono rapportate al donatario. Il mio eccellente collega, Prof. Erb, ne à data una interpetrazione molto migliore, la quale si accorda perfettamente colle sue novelle idee sulla *possessio naturalis et civilis*. Possa egli communicare al pubblico al più presto queste sue opinioni!

L. 46. *ibid.* Ulpiano, lib. 12. *ad edictum.* *Inter virum et uxorem nec possessionis ulla donatio est.*

L' ultimo frammento però non genera alcuna difficoltà. Giacchè dalla nullità della donazione non può conchiudersi a quella del possesso, potendosi denominare il possesso del donatario un *possidere pro possessore*, come fu detto da Ulpiano anche in altra occasione. Questa spiegazione leggesi pure nei Glossatori ed in altri antichi e moderni scrittori (1). Il primo frammento per contrario non si accorda cogli altri, secondo tutte le precedenti ed anche possibili spiegazioni, quando si supponga come fu fatto finora, che Paolo colle parole: ***quia licet illa jure civili possidere non intelligatur***, volesse esprimere un pensiero proprio. Ritenendo che il positivo ***civiliter possidere*** si estenda al di là del semplice possesso di usucapione, e che il negativo, ***civiliter*** o ***jure civili non possidere*** escluda sempre l' intero possesso, è manifesta l' assoluta contradizione della L. 26. *pr. cit.* cogli altri frammenti. Ammettendo per contrario, secondo la costante opinione di Cujacio (2) e di accordo con lui della maggior parte dei nostri giuristi (3), che Paolo colle parole *quia licet* etc. intendeva negare al donatario il semplice possesso di usucapione, vi rimarrebbero sempre importanti difficoltà a risolvere. Trattavasi soltanto di decidere, se il venditore, che per volontà del marito avesse consegnata la cosa alla moglie, sarebbe libero da qualunque azione di questo; sicchè non trattasi del possesso di usucapione, potendo questo essere trasmesso anche senza la capacità della usucapione. Ed inoltre in qual modo si potrebbe conciliare l'espressione ***nihil habet quod tradat*** colle altre? Un dubbio alquanto probabile potrebbesi trarre dalla opinione di coloro, i quali negano al donatario qualunque possesso: allora si presumerebbe, che il venditore abbia conservato il possesso. Ma ritenendosi le parole: ***licet illa jure civili possidere non intelligatur*** come un' affermazione di Paolo, dovrebbesi considerarlo in manifesta contradizione colle sue proprie opinioni, come fu affermato da Cuper.

A me sembra, che le seguenti riflessioni sieno bastanti a rimuovere qualunque difficoltà. Le parole: ***quia licet illa jure civili non possidere*** si potrebbero invero ritenere come un' affermazione propria di Paolo; ma seguendo le regole della latinità si potrebbero pure tradurre in queste altre: « quantunque d' anche si opini, che la moglie in nessun modo possegga » (4), potendosi in egual modo accennare ad una negazione positiva o alla semplice supposizione. Così interpetrate quelle parole, ogni difficoltà sarebbe rimossa, e tutto sarebbe logico. Eravi un partito, che negava al conjuge donatario qualunque possesso, e l' opinione di questo partito (che Paolo già conosceva, avendola contradetta in altra occasione) poteva qui generare qualche dubbio: ma Paolo la combatte colla sua maravigliosa abilità, seguendo un metodo che è sempre il più sicuro, ossia rispettando il teorema di questo partito, e confutandolo da un altro lato. Egli risponde dunque: quand'anche secondo il codice civile non possa dirsi che la moglie possegga, è però inammissibile l' azione del marito contro il venditore, giacchè questi à ceduta la cosa per volontà del marito, e non più la possiede, qualunque sia l' opinione, che si possa avere del possesso della moglie: niente altro potrebbesi dunque pretendere dal venditore. In tal caso le parole: ***certe tamen venditor nihil habet quod tradat*** avrebbero un significato ed una espressione naturale, e chiunque, il quale è usato alla maniera di Paolo, dovrà confessare, che in questa occasione era da attendersi da lui appunto una tale maniera di esprimersi. Chi per contrario è assuefatto al metodo seguito in molte scuole di noverare tutte le buone le possibili e le cattive *rationes dubitandi et decidendi*, questi avrà anche in tale occasione a sospirare sul ***maledictus Paulus.***

(1) Savigny, *possesso*, Ediz. II. §. 7. p. 51, 52, not. 2.

(2) *Comm. ad Tit.* D. *pro donato ad* L. 1. *ibid.* (opp. T. 1. p. 1143) *parat. ad Codic.* L. 7. T. 32 (opp. T. 2. p. 472. *In lib.* 36. *Pauli ad Edictum ad* L. 36. *de donat. int. v. et U.*) opp. p. 5. p. 559. (*In lib.* 54 *Pauli ad Edictum ad* L. 1. *de acqu. poss.*) opp. p. 5. p. 694. *Comm. in Tit.* D. *de R. V. ad* L. 9. *ibid.* (opp. T. 7. p. 256.) *Comm. in Tit.* D. *de acqu. poss. ad* L. 1. §. 4. *cod.* (opp. T. 8. p. 241.) *Comm. ad Tit.* C. *de acqu. poss. ad Rubr.* (opp. 9 p. 1009.)

(3) I Commen. alle Pandette, lib. 24. T. I. Savigny, p. 50. not. 1.

(4) Non mi occorrono in questo momento le pruove, che giustifichino una tale interpetrazione. Mi appello quindi al *Notorium*, ed all' autorità di due dotti filologi, che mi assicurarono, che la mia opinione era conforme all' uso dell' idioma latino.

TRATTATO DICIASSETTESIMO

DELLA NECESSITA' D'UN DRITTO CIVILE COMMUNE TEDESCO.

È già qualche tempo, che io pubblicava un piccolo scritto che porta per titolo la rubrica del presente trattato, ed avanti al quale leggevasi la seguente prefazione:

« In una Rivista (*Giornale di Eidelberga*, 1814. p. 1-30.) io esprimeva brevemente sulla necessità di leggi civili e generali per tutta la Germania alcune mie idee, dalle quali furono mossi rispettabili personaggi a farmi istanze, perchè io più accuratamente sviluppassi questo importante argomento in un trattato speciale. E per quanto mal volontieri io vegga le cose mie confuse nel fiume pur troppo passaggiero degli scritti del giorno, e per quanto poca ragione mi abbia di credere, che si dia particolarmente ascolto alla mia voce, pure le condizioni del tempo mi sembrano tali, che qualunque peritanza o riservatezza sieno al tutto fuori proposito, che anzi sia dovere di qualunque uomo intelligente alzar alta la voce per avvocare la causa di tutto quanto è buono e grande, essendovi ragione di sperare, che al primo urto molte forze ritornino in vita. Fu questo il solo motivo, che dettavami le seguenti pagine. Per altro niuna di essa fu occasionata da considerazioni personali: io non fui mai offeso personalmente, e sono addivenuto quasi al tutto estraneo ai miei mancati desiderj. La sorte mi concedette più di quello, che io sento di meritare: non lutesi mai ad elevarmi, e mi rimarrò pacato e contento soi che alcuno non s'intrametta fra me ed il sole ».

Per quanto mi fu possibile risapere, il mio scritto venne a grado a molti di quelli, il cui assentimento più d'ogni altro stavami a cuore, di uomini cioè, che tengono in pregio tutto quanto muove da un vero amore del pubblico bene, ed ànno in onore la parola forte e franca quando sconsideratamente non si sollazza con un fantastico ideale. E perchè scritti di simile ragione facilmente ed in breve tempo si perdono, ed io ò ragione di desiderare una più lunga durata al mio, perciò lo inserisco in questa raccolta aggiungendovi molte cose, che sotto alcuni rapporti sono importanti per il mio pensiero fondamentale. Accompagnandolo coi trattati esegetici sul dritto Romano intendo dare in tal modo una prova a quei lettori, i quali forse nulla conoscono degli altri miei scritti, che io non perciò sono avverso al dritto Romano.

La Germania facendo sgombrare dal proprio paese l'invasione Francese à certo vendicato il proprio onore, ed à raggiunta la possibilità d'un avvenire migliore: pur nondimeno per venire a capo di questo desiderio tali ostacoli s'inframmettono, che per mantener viva la speranza è necessario riconfortarsi colle proprie opinioni. Giacchè per quanto si volessero elevare i Tedeschi al di sopra dei vinti, è però indubitato, che una parte del nostro popolo e particolarmente della classe più alta e media si addimostra indegna del nome Tedesco; che i nostri funzionarj sotto molti rapporti sono corrotti dal penetrante veleno dell'esempio e della influenza Francese, che l'imbecillità ed un meschino egoismo non sono al tutto estranei anche ai migliori, e che ora potrebbe facilmente avvenire quello che pur troppo nei tempi tumultuosi suole sempre incontrare agli uomini onesti, che o ne abbiano la peggio, o per ripugnanza si rassegnino ad una innocente inattività, e che la parte più corrotta della nazione sempre più si elevi, e che i nostri principi benchè animati dalla migliore volontà, pure perchè mal consigliati non siano al caso di accontentare quella parte del popolo, sol per la quale à pregio il governare. E queste possibilità si accrescono sempre più, stantechè fra gli uomini onesti ed intelligenti del nostro paese si elevano esagerati concetti, ed inebbriandosi di sogni politici ed estetici dimandano tumultuosamente l'impossibile, porgendo in tal modo occasione agli uomini mediocri e corrotti d'infima con-

dizione di promuovere con una riservatezza apparentemente saggia tutto quanto è cattivo e meschino.

Non è mio ufficio determinare i nostri futuri rapporti politici; mi lusingo d'essere stato per lunghi anni pur troppo attivo come giurista per potere senza meritarmi la taccia di arrogante esprimere i miei desiderj in un momento sì decisivo ed importante sui nostri futuri rapporti giuridici civili. Ed è questo pure quello, che più d'ogni altro merita la nostra attenzione. Giacchè relativamente all'organamento politico vi sono già tali materiali, che la scelta migliore sarebbe piuttosto l'opera della buona volontà, anzichè lo sforzo della intelligenza; ma per il dritto civile privato fa bisogno, che un soffio vitale scorra sulle sterili e predominanti opinioni per romperne il ghiaccio, e richiamare la vita in tutto quello, che nelle mani dei politici mediocri gravita come una morta materia sui più sacri rapporti della vita sociale. Ma sebbene gl'innumerevoli difetti del nostro dritto civile siano stati già da lungo tempo riconosciuti dai nostri più dotti giuristi, pure non seppesi provvedere altrimenti al male, che mescolando con un metodo molto speditivo alla massa disordinata e confusa delle antiche istituzioni il novello dritto, organizzando ogni piccolo stato, come se non si attenesse in nessun modo col resto del mondo, e si potesse attendere l'incredibile dalle sue forze limitate e grezze. Una tale teorica non rimase al tutto oziosa, ma dalle labbra d'un giureconsulto di molto ingegno e di nobile elevatezza di spirito ci toccò udire, che basti, che si riproducano le antiche istituzioni Tedesche, facendovi quà e là delle innovazioni.

Io sono per contrario di opinione, che il nostro dritto civile (per il quale intendo il dritto propriamente civile, il criminale, e di procedura) abbisogna d'un pronto e totale cambiamento, e che i Tedeschi non potranno prosperare nei loro rapporti civili, finchè i nostri governi non dieno opera con forze associate alla formazione d'un Codice indipendente dall'arbitrio d'un solo di essi, e commune per tutta la Germania.

Due condizioni possonsi e debbonsi richiedere da ogni legislazione, ch'essa sia perfetta nella forma e nella materia, e ch'esponga le sue regole in un modo chiaro, certo e non equivoco ordinando le istituzioni civili con saggezza ed in armonia coi bisogni dei sudditi. Ma è pure forza convenire, che in nessuna parte della Germania vedesi attuata una sola di queste condizioni. Certo le nostre antiche leggi, le quali in alcune provincie sono tanto svariate e discordanti, esprimono sebbene parzialmente pure d'un modo semplice ed energico il sentimento Germanico, e potrebbesi trarne vantaggio per alcune quistioni speciali in una novella legislazione. Ma gl'intelligenti di questa materia consuonano tutti nella opinione, ch'esse poco si avveggono ai bisogni del tempo, manifestando da per tutto le tracce dell'antica rozzezza ed ignoranza, ed in nessun modo potrebbero tenere le veci d'una legislazione generale e compiuta. Questo stesso può affermarsi delle leggi particolari e patrie, e delle ordinanze territoriali; giacchè sebbene abbiano sovente aggiunto qualche cosa di buono a questa o a quella istituzione, pure questi pur troppo miserabili miglioramenti sono in piccolo, addivenendone la massa sempre più confusa ed opprimente. Delle nostre antiche leggi del regno può solo affermarsi, ch'esse contengano alcuni buoni ordinamenti, come per esempio sulla tutela e sulla procedura; ma non presentano alcuna cosa di compiuto, fatta eccezione della sola Carolina, la cui inopportunità per il tempo presente è sì riconosciuta, che anche gli amici della immobilità riconoscono l'imperioso bisogno di novelle leggi criminali. Tutto il nostro dritto patrio è dunque una immensa foresta di leggi contradicentisi, annullantisi e varie, tendenti solo ad isolare i Tedeschi fra loro, ed a rendere impossibile ai giudici ed ai pubblici funzionarii una conoscenza profonda del dritto. E quand'anche fosse questa possibile a nulla gioverebbe, giacchè il nostro dritto patrio è tanto incompiuto e difettoso, che di cento quistioni almeno novanta debbono essere decise coll'ajuto del dritto straniero, del Canonico, e del Romano. E qui si manifesta il male al sommo grado. Il dritto Canonico in quanto non si riferisce alla costituzione della Chiesa Cattolica contiene una massa di determinazioni oscure, dubbie ed incompiute, occasionate in gran parte dalle erronee opinioni degli antichi interpetri del dritto Romano. Ci rimane dunque come ultima e principale fonte la legislazione Romana, l'opera cioè d'una nazione al tutto straniera e dissimile da noi, eseguita nel periodo della sua più precipitosa decadenza, e che dapertutto manifesta le tracce d'un tal fatto. Bisognerebbe avere il giudizio interamente ingombro dalla passione e dalla parzialità per augurar bene ai Tedeschi per l'adozione d'un tal dritto, e raccomandarne loro seriamente l'ulteriore conservazione. Certo il

dritto Romano è immensamente ricco, ma in quel senso che si potrebbero dire ricchi anche i Tedeschi per tutti i tesori, che si ascondono sotto la superficie del loro terreno fino al centro della terra, se non vi fosse la trista necessità di non poterli dissotterrare senza spese. Questo è pur troppo vero anche del dritto Romano. Non può dubitarsi, che giureconsulti profondamente dotti ingegnosi ed indefessi non possano raccogliere dagli sconnessi frammenti di questa legislazione una teorica compiuta sopra ciascuna materia, e che noi forse dopo mille anni saremo tanto felici da avere un'opera perfetta e classica sopra ciascuna delle mille importanti dottrine, che giacciono presentemente ancora nel bujo. Ma alla generalità degl'individui non giova affatto, che delle buone idee vengano assicurate nelle opere stampate, torna ad esso piuttosto utile, che il dritto abbia vita nelle teste dei giudici e dei funzionarii, e che sia possibile a questi acquistarne una conoscenza compiuta. Ma ciò sarà sempre impossibile per il dritto Romano; giacchè noi non possediamo le idee del popolo Romano, le quali dovevano agevolare moltissimo l'intelligenza di quello, che è dubbio per noi, come in questi ultimi tempi molti mediocri giuristi Francesi con molta facilità divinarono il vero nel fatto della compilazione d'un codice, mentrechè la profondità Tedesca andò sempre fallita nel suo scopo non ostante un indefesso lavoro. Da ciò si origina per noi la necessità di ajutarci con un ingegnoso e dotto apparato, e stante il dissaccordo ed il difetto delle fonti storiche le interpetrazioni sono sì diverse confuse ed il più delle volte azzardate, che nessun pratico è al caso di trarre in certo modo profitto dai tesori scoverti. Non vi è un solo professore di Pandette in tutta la Germania, che possa vantarsi di essere al caso di studiare o compiutamente trattare in un modo storico-dommatico tutte le speciali dottrine, che cadono nella sfera della sua attività. Ma confessiamolo francamente, noi non riusciremo mai a conoscere di certa scienza e con chiarezza il dritto Romano; giacchè ci mancono generalmente le fonti per chiarirlo, e la moltitudine dei frammenti tanto miseramente sconnessi ci conduce in un tale laberinto di supposizioni azzardate e dubbie, che l'interpetre ben rare volte può guadagnare un fermo terreno, ed un interpetre posteriore e più valente avrà sempre occasione di tentare interpetrazioni novelle, rigettando le antiche. Noi ne abbiamo recenti esperienze in alcune eccellenti e moderne opere, delle quali è pur troppo difficile trovare ben tosto le uguali, e pure divennero segno ai più vivi attacchi senza poter vantare un compiuto trionfo nella commune opinione dei dotti. Ma quello che maggiormente può opporsi al dritto Romano è il vizio intimo della maggior parte delle sue istituzioni particolarmente in rapporto colla Germania. Certo Leibniz colle sue quasi entusiastiche espressioni sul genio dei giureconsulti Romani fu occasione in molti d'una religiosa ammirazione; ma quell'espressioni riguardano piuttosto la forma di esso, e non l'insieme della legislazione. Sotto un tale rapporto esse sono indubitatamente vere, ma non contradicono al già detto. Stantechè tutto quanto non deesi nè può sconoscersi di lodevole ai classici giureconsulti si è un forte spirito logico, ed una straordinaria abilità nell'applicazione dei principii generali e positivi ai casi pratici più particolari e complicati. Ma non si può pure negare, che nei tempi posteriori lasciaronsi sempre più regolare da una dubbia equità, e che la loro penetrazione nocque al pari che giovò alla vera sapienza giuridica. Giacchè non poteronsi sottrarre alla influenza di positivi principii provenienti da un periodo di barbarie, e contro un tal male in nessun modo giovava una conseguente interpetrazione. Così per esempio, può considerarsi la teorica dei classici sulla patria potestà e sul dritto di successione come un capo-lavoro di conseguenze giuridiche e di spirito analitico: ma deesi pure aggiungere: misera quella nazione, i cui giuristi sieno condannati a stancare il loro ingegno sopra principii fondamentali tanto rozzi e parziali! Ed a che giova pure tutta la savíezza dei classici, se le loro idee non ci pervennero tali quali furono dettate da essi? se le costituzioni posteriori imperiali falsarono o modificarono quasi ogni dottrina speciale del dritto? se l'insieme ci si presenta come un tristo ammasso di sagge e stolte, conseguenti ed inconseguenti disposizioni? Ciò è vero non solamente d'un infinito numero di principii speciali, ma di vaste materie, che si potrebbero considerare come gli elementi fondamentali di tutto il dritto civile, e particolarmente della dottrina della patria potestà, quella della proprietà, il sistema ipotecario, il dritto di successione e la prescrizione.

Quello, che potrebbe essere utile per la Germania si è la parte esegetica del dritto Romano, ma solo in quanto ci possa servire como modello, ma non come legge. La gran massa delle sue determinazioni, e particolarmente quelle che riguardano il significato e l'estensione delle singole servitù,

del legati o dei contratti nelle Pandette e nel Codice contiene un tesoro di particolari ingegnosi ed arguti; ma in generale da essi rilevasi solo quello che in tutti i rapporti e relativamente a questa materia volevasi significare colle parole Romane, e nell'uso ordinario del linguaggio. Così ci è fatto chiaramente conoscere ciocchè i Romani intendevano per *usus*, *habitatio*, *supellex*, ma quello che significhino le nostre parole *Gebrauch*, *Wohung*, *Haustrath*, non può certo dedursi dai classici Romani, e non poco à nociuto alla proprietà e pieghevolezza giuridica del nostro linguaggio l'aver negletto di determinare il significato delle nostre parole, e le delicate distinzioni dei sinonimi, misurando il tutto sulle decisioni Romane, come se i giureconsulti classici avessero appunto risposto alle interrogazioni dei nostri concittadini. La parte dunque puramente legislativa del dritto Romano non si accomoda ai nostri bisogni, ed anche quella che non può veramente dirsi speciale alla nazionalità del popolo Romano. Lo spirito Tedesco ama la stabilità, la moderazione la semplicità, i rapporti giusti e morali di famiglia, l'egusglianza dei due sessi, un rispettoso trattamento delle donne, e particolarmente delle madri e delle vedove, una saggia ed energica attività dei pubblici funzionarii in tutti i rapporti, nel quali torna necessario il loro intervento, la semplicità delle obbligazioni, la sicurezza delle proprietà e delle ipoteche con ordinamenti bene avvisati e pubblici. Ben altro era la tendenza dello spirito Romano. La maggior parte dell' antico dritto à la sua ragione nella fierezza militare repubblicana, nell'orgoglio e nell' eroismo, ed in una specie di militare rigidezza e pedanteria dei primi tempi. Da ciò originaronsi l' inaudito dispotismo del padre di famiglia, il difetto d' ogni potestà materna, la molta dura esclusione delle donne dal dritto di successione, il difetto compiuto d' ogni intervento del magistrato negli affari della tutela, la illimitata tendenza di circoscrivere ogni fatto giuridico con rigide forme, restrigendo da ogni parte i contratti, mentre manca qualunque provvedimento, quante volte trattasi della sicurezza dei terzi. Queste e simiglianti materie furono variamente modificate sotto gl' imperadori, ma non fuvvi mai un miglioramento compiuto, che anzi molte cose peggiorarono col tempo, come il sistema ipotecario, e fu perciò necessario ai pratici Tedeschi accontentarsi di modificare questa o quella parte senza poter raggiungere quella stabilità e semplicità che si affanno al nostro carattere, essendoci pure di ostacolo a creare un sistema proprio e speciale. I nostri padri di famiglia hanno ancora dritti troppo illimitati, in molti casi non si à dello vedove la dovuta considerazione: tutti i provvedimenti tendenti alla sicurezza della nostra proprietà addivengono dapertutto difettosi per l' influenza dei privilegii Romani, ed i nostri principii sulla santità dei contratti non poterono mai trionfare di alcune delicate conseguenze del sistema Romano sui contratti (per quanto riguarda per esempio, *pacta adjecta*). Ogni intelligente Tedesco non vorrà certo negare che sotto molti rapporti i nostri concetti furono falsati dalle idee Romane. Quello che sarebbe stato conforme allo spirito Tedesco si è l'antico rigore Romano, l' antico sistema ipotecario finchè non ammise dei privilegi, e quell' alto rispetto della degnità personale. Ma appunto queste parti eccellenti e migliori si corruppero sotto gl' imperadori. Sicchè io penso che nessuno di noi, che abbia sortito dal cielo l' energia e la semplicità propria dell'animo Tedesco potrà additare una sola dottrina principale del dritto Romano, della quale possa dirsi, che abbia la possibilità d' ispirare e vita e stabilità al vero sentimento giuridico Germanico.

Quando pure tutta questa critica non fosse fondata vi rimane sempre quello il quale avanza qualunque male immaginabile, giacchè, cosa incredibile, nel dritto Romano abbiamo una legislazione, il cui testo ci manca, e la cui materia potrebbesi paragonare ad un fuoco fatuo. Non v' à alcun testo autentico, ma il dritto è, e potrebbesi dire qualche cosa d'ideale negl' innumerevoli e varii manoscritti. La massa di queste varianti è immensa. Se un dotto si stancasse per un pajo di settimane a paragonare i buoni manoscritti o le corrette edizioni fra loro, si manifesterebbero sempre novelle varianti; e non può dubitarsi, che una gran parte delle nostre opinioni giuridiche tradizionali verrebbero al tutto rigettate, se fosse data facoltà ai nostri Cramer e Savigny di stanziare per due anni in Roma, ed occupare quel posto, nel quale Brenkmann secondo la misura delle proprie forze ebbe almeno la volontà di giovare alla buona causa. Sicchè la fortuna dei nostri cittadini dipende dal fatto tutto fortuito, se i nostri dotti sieno trattati liberalmente in Roma o Parigi, e vi si occupino studiosamente: e ciò nondimeno manca la sicurezza di guadagnare un terreno solido: stantechè sugli stessi manoscritti campeggia moltissimo la critica arbitraria, senza che se ne abbiano le rigorose pruove, giac-

chè quasi tutti i manoscritti, che furono messi a profitto sono mancati e perduti. E quando pure si riuscisse a raggiungere il desiderato scopo e si mettessero da parte a guisa d'una grande montagna le varianti del manoscritti e di tutte le edizioni, quale ne sarebbe il risultato? Una conveniente scelta fra le molte lezioni è un fatto ordinariamente di semplice sentimento che ben rare volte può giustificarsi. Con ciò si moltiplicherebbero all' infinito le quistioni critiche, giacchè è una tendenza generale presso i nostri migliori giuristi di trovare immensamente dubbie le opinioni degli altri sol perchè ad altri si appartengono, e di volgere tutte le loro forze a tracciare una via novella. Sicchè i pratici sono condannati in queste dotte controversie a rimanere come il paziente animale di Buridan col capo immobile in mezzo ai due fuscelli di fieno. Se ciò non fosse vero, come mai sarebbe stato possibile, che nobili e dotti giuristi Tedeschi si fossero persuasi a raccomandare seriamente l'introduzione in Germania del novello dritto Francese?

Certo non può negarsi, che l'uso del dritto Romano favorisce moltissimo le nostre tendenze per l' erudizione, e particolarmente lo studio della filologia e della storia, e che l' intera e grande massa dei particolari dubbi ed incerti dette e darà sempre occasione alla perspicacia ed allo spirito di combinazione dei giuristi di esercitarsi e menarne gran vanto. Ma il cittadino ripeterà dall'altra parte, ch'egli non sentesi disposto a permettere ai giuristi tanto poco che ai professori di medicina di tentare esperienze anatomiche sul corpo proprio e vivo. Tutta la vostra dottrina, le vostre varianti, e congetture ànno sotto molti rapporti turbata la pacifica sicurezza delle relazioni giuridiche, ed ànno colme soltanto le tasche dei funzionarii. Non importa alla felicità publica, che vi sieno dotti avvocati, e noi renderemmo di vero cuore grazie al cielo, se mediante buone leggi ci riuscisse, che i nostri funzionarj potessero essere al tutto sprovisti d'ogni dottrina, come avremmo ben ragione di crederci più felici, quando i nostri medici fossero al caso di guarire meccanicamente tutte le malattie con sei universali medicine. Nè si tema che per l'attività vera e scientifica vi possa essere difetto di argomenti o che sia necessario stringere il nodo, perchè si abbia poscia a sciogliere. Che anzi io affermo ancora di più: tutta la migliore erudizione non solamente non à animato, ma à piuttosto spento il vero sentimento giuridico. Il giurista mediocre, al quale ordinariamente è affidata la felicità pubblica, può ritenere a memoria questa massa de' particolari soltanto per necessità, ma non mai travagliarvisi scientificamente.

Per le cose già dette ogni amico del pubblico bene dovrà sentire il desiderio, che una legislazione semplice conforme ai bisogni nazionali e che sia il prodotto della propria forza ed attività possa convenientemente determinare e statuire le nostre condizioni civili, e che lo sforzo di tutti i governi Tedeschi assicuri per i tempi a venire per tutto il regno i vantaggi d' una legislazione civile uniforme. Io mi pruoverò in prima a mettere a chiaro i vantaggi di questa grande innovazione, e poi a rimuovere le difficoltà e le obbiezioni, che si potranno opporre all' attuazione di essa.

Per far cosa grata ai dotti prenderò avanti tutto in esame l'argomento dal solo lato scientifico. Quale immenso guadagno non ne risulterebbe per la vera ed una più elevata educazione intellettuale degli studiosi del dritto, sì professori, che apprendenti! Finora fu impossibile, che ad alcuno, fosse stato pure il più indefesso teoretico, bastassero le forze a dominare ed a concepire profondamente tutte le materie del dritto. Ciascuno aveva al più il suo lato forte; ma in mille altre materie eravi per lui bujo e notte. Ci sono al tutto nuovi gl' inestimabili vantaggi del concepimento intero e comprensivo e della reciproca influenza delle singole parti della scienza del dritto fra loro. Una legislazione nazionale e semplice formata con forze proprie e concepite secondo lo spirito Tedesco diverrebbe in tutte le sue parti accessibile anche alle intelligenze mediocri, ed i nostri funzionarii e giudici sarebbero infine al caso di applicare il dritto in ogni occasione come qualche cosa di vivo. Solamente con una simigliante legislazione può concepirsi come possibile un vero progresso delle opinioni giuridiche. Colle nostre dotte investigazioni noi abbiamo invero penetrato sempre più indentro nella filologia e nella storia, ma in questo defatigante lavoro si è successivamente spento il forte sentimento di tutto quanto è giusto ed ingiusto, dei bisogni del pubblico, e della necessaria semplicità e del rigore delle leggi. Come mai un tale progresso sarebbe stato possibile, se la parte maggiore del nostro dritto positivo è andato successivamente peggiorando, conoscendone noi rare volte le ragioni, essendovi da una parte nessuna speranza di miglioramento, e dall' altra poche occasioni per un concepimento vivo del dritto? Se per contrario una legislazione

compatta e patria fosse il bene commune di tutti concepita dai dotti e dagli uomini politici generalmente riconosciuti per i più capaci, non senza una profonda considerazione ed aver tratto anche vantaggio dalla opinione pubblica; e se con una illimitata franchezza fosse data conoscenza a tutti delle sue ragioni, allora soltanto la vera scienza del dritto, quella che non si scompagna dalla filosofia, prenderebbe un movimento facile e franco, e ciascuno avrebbe l' occasione e la speranza di contribuire al perfezionamento di questo grande lavoro. Sarebbe pure di moltissimo vantaggio, che tutti i dotti giuristi Tedeschi avessero un solo obbietto dei loro studii, e con un solenne avvicinamento delle loro idee sul medesimo argomento potessero vicendevolmente agevolare o sostenere i loro sforzi, e cessasse il mal governo, che finora fecesi delle nostre leggi particolari.

Il guadagno sarebbe egualmente immenso, considerato sotto il rapporto dell' insegnamento accademico. Finora il dritto particolare, che è sempre della massima importanza, non fu mai l'obbietto d'una trattazione profonda nelle Accademie, nè poteva esserlo, nè lo sarà mai. Giacchè le nostre Accademie sono, e ci giova sperare che rimarrranno, altrettante scuole generali di educazione, e non semplici istituti provinciali, nel quali il tutto fosse ridotto in atomi ed in piccolo. Come dunque potrebbesi destare un vero zelo dei professori per il dritto provinciale, s' essi nelle loro lezioni sul dritto commune contano sempre sopra un publico più numeroso, e particolarmente quando si travagliano come scrittori? E niun professore vorrà mai rinunziare all' aurea speranza di trovare altrove un' accoglienza amica quando gli venga meno il posto che ora occupa, nè vorrà quindi aggravarsi di tanto, che un tal peso renda difficile il suo libero movimento. Da ciò provenne, che una oscura notte coprì sinora sotto il rapporto scientifico il dritto particolare, e che al giovine giurista fu necessario ajutarsi colle proprie forze, sebbene un tale ingrato lavoro non sempre gli riuscisse, essendo le leggi particolari tanto sparse e varie, che ben rare volte in una provincia dieci pratici giuristi sono al caso di poter formare una raccolta compiuta di quelle leggi. Si aprì in tal modo nel tanto eccellente insegnamento accademico un vuoto immenso, che alcune volte fu possibile in qualche modo riempiere soltanto per azzardo ed a tentoni. Con una legislazione generale per contrario sarebbero conciliato la pratica e la teoria, ed i dotti giuristi accademici potrebbero far sentire la loro voce anche fra i pratici, mentre ora col loro dritto commune sono sospesi nell' aria.

Una legislazione semplice e generale gioverebbe pure alla educazione del tanto importante sentimento pratico dei nostri apprendenti. Questi sono ora obbligati a stancare la loro memoria con innumerevoli e confuse leggi, con definizioni distinzioni e notizie storiche, senza che un tale apparato di dottrina giovi alla eloquenza, alla felicità di concepire e difendere, alla formazione della capacità di dare ad un affare giuridico fin dalle prime il migliore avviamento, all'arte di menare a termine prudentemente un negozio, ad una perspicace e forte facilità dialettica. Così i nostri giovani pratici si mettono per il mondo per apprendere a camminare a forza di cadute: e voglionsi render grazie al cielo, se dopo una lunga serie di anni ed a stento si ottiene quello, che in breve tempo e facilmente potrebbesi apprendere da un conveniente insegnamento accademico. Per quali mezzi i classici giuristi Romani addivennero tanto grandi? certo non mediante una lunga deduzione di oscuri principii dalle antichità Greche e Romane, ma perchè leggi patrie e semplici servivano di fondamento alle loro interpetrazioni, e nessun ostacolo frapponevasi ad una compiuta educazione del loro spirito. Per ciascuna delle scuole di drittu in Roma Berito e Costantinopoli vi erano soltanto due professori ordinarii di dritto, ed una moltitudine di retori e grammatici Greci e Romani: e se a quel tempo le scienze politiche e quella del dritto di natura fossero state così avanzate come ne'nostri giorni, troveremmo per uso dei giuristi invece d'un solo professore di filosofia molti. Che quelle scuole sorte appunto nel periodo della decadenza della scienza del dritto Romano non ostante il gran numero dei professori di rettorica e grammatica non poterono sostenere la scienza del dritto, è pur troppo vero: ma cosa mai poteva prosperare in questo periodo di decadenza? Nondimeno può affermarsi con sicurezza, che non sarebbe stato possibile anche quello che fu attuato da Giustiniano, se nelle scuole del dritto di quel tempo l'elemento positivo fosse stato così predominante come presso noi, e che la giurisprudenza potè sottrarsi ad una perdita compiuta, sol perchè il dritto patrio non costava molta fatica ai pratici, e l'animata cooperazione di molti retori e grammatici fu sempre una forte barriera contro una totale barbarie.

È importante più d' ogni altra cosa per l' educazione scientifica, che colla introduzione d' una novella e saggia legislazione nazionale l' insegnamento accademico del dritto si animerebbe in tutte le sue parti. Tante cose sono oggigiorno morte e ributtanti. Dalla cattiva qualità delle nostre leggi presenti segue, che niuno si arresta con piacere a considerare le nostre condizioni giuridiche: si lascia correre l'antico male, e nessuno se ne da pena. Così i nostri apprendenti frequentano le accademie, senza in menomo modo riflettere sugli obbietti del loro studio, ed i professori di dritto non sono mai così felici come quelli di teologia e medecina da potere esporre le loro lezioni con concetti animati ed in un modo caldo e naturale. La nostra scienza del dritto di natura non è al presente in tale condizione da secondare ed arricchire l'intelligenza dei giuristi, e quand' anche fosse quella, che dovrebbe, essa non ecciterebbe alcun interesse per l'elemento positivo. Giacchè tutta questa massa di leggi oscura ed impenetrabile può essere chiarita e messa di accordo colla filosofia soltanto in alcune singole parti; per il numero maggiore di queste è un semplice sforzo di memoria, la quale deve ricoverle servilmente sol perchè sono reali. Da ciò proviene quella invincibile noja negli apprendenti del dritto, che soffoca quell' animato zelo e quell' intima simpatia per l'obbietto dei proprii studii, per i quali tanto frequentamente distinguonsi per ingegno e dottrina i medici, i teologi ed i fisici. Se per contrario fossimo così felici da possedere una legislazione buona e saggia, che potessimo con giusto orgoglio vantare come il prodotto delle nostre proprie forze, ed i cui benefici effetti si farebbero manifestamente conoscere per esperienza, le idee degli apprendenti si feconderebbero mediante l'insegnamento accademico per tutto quanto riguarda la vita commune, e le lezioni sì filosofiche che positive di dritto invece di contradirsi influerebbero beneficamente le une sulle altre.

Non si tema, che lo studio della filologia e della storia del dritto, del quale io riconosco di buon grado l'indispensabilità, corra alcun pericolo per una legislazione patria e semplice: che anzi non potrà negarsi che se ne avvantaggerà moltissimo, quando si cousideri e si tratti la quistione attentamente e dal suo verolato. Le investigazioni sulla storia e sull'antichità, che istruiscono e nobilitano l'animo non consistono nell'accumulare a caso i particolari e nell' analisi micrologica d'ogni piccola materia, ma nello sforzo di rilevarne e ridurre in un insieme chiaramente ordinato per un scopo umanitario tutto quanto vi à di più istruttivo ed utile. A che riescono sotto un tale rapporto tutti i nostri studii giuridici sulle antichità e sulle lingue? Vincolati ad una legislazione immensamente incomposta confusa e falsatasi col tempo ci è necessario consumare forze gigantesche per chiarire un caos di particolari, che danno poco nudrimento alla mente legislatrice: ed in tutto questo l' intelligenza rimane sempre circoscritta nelle specialità. Un giurista dotto e veramente attivo abbisogna d' un anno intero per concepire chiaramente sulle fonti tutte le vicende della successione intestata Romana, e la dottrina del concorso delle azioni, e trenta ore per esporre nelle sue lezioni i risultati essenziali delle sue investigazioni. Ed in che si sarà infine avvantaggiato il pensiero degli studiosi del dritto? Si apprenderà da una parte, ch'eravi ed applicavasi anche letteralmente una legge antica redatta brevemente, e conveniente al periodo d' una civiltà forte ma rozza, e che quella soggiacque in fine al peso d'innumerevoli limitazioni; dall' altra parte, che l'opinione antica e fortemente radicata della necessità della sicurezza della proprietà venne a mano a mano affievolita e limitata per politica, che un abuso ne generò un altro, e che infine l'intero sistema ipotecario trovossi interamente distrutto. Un ingegnoso professore potrebbe sviluppare in poche ore quello che sarebbe avanti fatto necessario per animare l'intelligenza giuridica: mentre ora gli è sì difficile e lungo chiarire l' elemento positivo di questa massa d' innumerevoli particolari, che sarebbe il caso di dire, che per gli alberi non discernesi la foresta. Da ciò proviene, che mancasi di quello, che sarebbe appunto indispensabile. Giacchè non è una vera nè animata storia del dritto quella, che con uno sguardo limitato si arresta alla storia d'un solo popolo, cogliendone minutamente tutti i particolari. Come ai viaggiatori Europei sarebbe a consigliare di uscire di Europa, perch'essi avessero più vive impressioni, e meglio conoscessero il loro interno, così pure le nostre storie di dritto perchè fossero veramente istruttive dovrebbero estendersi alle legislazioni di tutti gli altri popoli antichi e moderni. Dieci dotte lezioni sulla costituzione civile dei Persiani e dei Cinesi desterebbero negli studiosi del dritto un più vero sentimento giuridico che cento su tutte le miserabili sottigliezze, alle quali soggiacque la successione intestata da Augusto fino a Giustiniano. Se dunque avessimo una le-

gislazione semplice e patria potrebbesi applicare ad una storia del dritto veramente animatrice quel tempo, che ora spendesi per investigazioni storiche morte e defatiganti. Anche la filologia se ne avvantaggerebbe moltissimo. Tutti i presenti filologi non negheranno, che i nostri giovani giuristi non fanno loro buon viso: noi professori di dritto ne sappiamo meglio la ragione. Donde mai gli animi giovanili potrebbero attingere fresche forze per lo studio filologico, se noi professori di dritto rendiamo loro impossibile l'uso delle ali bagnandole in un diluvio di leggi stranissime? Che ci si dia per contrario una legislazione semplice, conforme ai nostri bisogni, redatta in un idioma energico e patrio, ed allora i nostri governi potranno senza ingiustizia pretendere, che ogni giovane giurista, che si esponga agli esami, debba avere profondamente studiato gli oratori Greci e Cicerone.

Se noi prendiamo in considerazione il bene dei cittadini, non potrebbesi avere alcun dubbio, che una legislazione semplice e generale per tutta la Germania meriterebbe d'essere riguardata come il più bel dono del cielo. La sola unità sarebbe già un inestimabile vantaggio. Le medesime leggi generano simiglianti costumi ed abitudini: che anzi una tale unità è quasi indispensabile per la coesistenza sociale. Le nostre provincie Tedesche possono acquistare un certo ben essere soltanto mediante relazioni interne, scambievoli ed animate. Se non vi à unità di dritto, si manifesta bentosto il terribile male della collisione delle leggi, ed essendovi a questo solo proposito, secondo Hert, almeno cento e trentatre quistioni di dritto, i nostri cittadini incontrano tali ostacoli nelle loro relazioni, e sono avvolti in un tale laberinto di dubbj e d'incertezze, che il loro più fiero nemico non li potrebbe peggio consigliare. L'unità del dritto renderebbe anche più sicuro il commercio, e cattivi funzionari non avrebbero più occasione colla vendita dei loro segreti in fatto di dritto di spogliare e turpemente abusare dei poveri forestieri.

Se si consideri il dritto istesso nella sua natura ed essenza, ogni uomo imparziale si farà persuaso, che una legislazione saggia, profondamente meditata, semplice ed ingegnosa è appunto quella che può giovare agl'interessi Tedeschi, e che nessuno dei nostri governi è al caso di compiere esso solo e per il solo mezzo dei suoi sudditi un tale lavoro. È vero, che noi abbiamo in Germania molti funzionarj eccellenti per pratica ed esperienza ma soltanto per quello che dicesi semplice amministrazione, o applicazione delle leggi esistenti: vi sono però pochi uomini, anche nella classe dei dotti, che abbiano la capacità di concepire una legislazione generale, ed astratta. Nè ciò dee far meraviglia, e non è certo un rimprovero, che dee generare amarezza: stantechè il lavoro d'una buona legislazione è uno dei più difficili. Vi abbisogna un senso giuridico elevato vasto maschio e nobile una imperterrita fermezza, perchè non si lasci alcuno dominare da una falsa pietà e da piccoli riguardi, ed una estensione e varietà immensa di conoscenze. Dovunque richiedesi il concorso di queste condizioni, nè un solo nè pochi potranno mai darsi il vanto che la loro sola saviezza possa tener le veci di quella di tutti gli altri, ma è necessario che sieno associate le forze di molti fra i primi, perchè con una grande reciproca influenza fra esse possa attuarsi qualche cosa di felice e profondo. Nessun ministero Tedesco di giustizia quando voglia esprimersi con modesta franchezza, affermerà di avere la capacità di poter trattare una sola delle molte materie principali del dritto civile in modo, che il lavoro potesse resistere all'esame non degli avvocati o dei giudici d'una sola provincia, ma dei più valenti giuristi Tedeschi. L'opinione degli altri come pure l'esperienza posteriore avrà sempre occasione di modificare sotto molti rapporti le sue idee. Chi opererà solo, o soltanto con pochi ajuti, avrà sempre dopo breve tempo a pentirsi in parte dell'opera sua. Ci basti come pruova l'esempio d'un eccellente e defunto uomo politico, che lungamente ed energicamente operò in fatto di legislazione in una provincia Tedesca. Egli era uomo d'un fermo sentimento di molta probità di grande perspicacia, operoso al di là d'ogni credere e tanto ricco di conoscenze patrie, che pochi gli erano uguali. In un numeroso collegio, e come operoso collega di molti, limitandosi però alla sola sua voce, avrebbe formata la felicità d'un paese. Ma egli elevossi al disopra delle sue forze, volle pensare per molti, e più di molti, o almeno avventurossi ad operare solo dove non è permesso ad un solo affidarsi alle proprie forze, e ne seguirono nel dritto effetti tanto tristi, che l'intero paese ne fu profondamente tocco: perenni innovazioni ed incertezze, erronee opinioni nelle così dette interpetrazioni autentiche, spiegazioni, che potrebbero servire di modello di oscu-

rità, ed un numero immenso di principj e d'idee al tutto false. Quando trattavasi della possibilità della introduzione del Codice di Napoleone io gli proponeva di non ammettere un articolo sui figli illegittimi riconosciuto omai como vituperevole, di cancellare come il prodotto d'un manifesto errore l'art. 1649, col quale è statuito, che non debbasi tener conto nelle vendite pubbliche dei vizj occulti della cosa venduta, e di non ordinare infine coll'art. 1139, che nel patto d'un determinato termine per il pagamento non s'incorra nella mora se non quando siasi ciò espressamente convenuto, ma che basti il fatto del non eseguito pagamento, risultando questo dalla natura istessa del contratto, senzachè fosse necessario imporvi formalità arbitrarie ed oziose. La sua risposta alla prima mia osservazione fu, che anche l'ordine del mondo è imperfetto: alla seconda, che i tribunali sarebbero troppo gravati di affari giudiziari: alla terza, che quando alcuno avesse bene appresa la novella legislazione, saprebbe quello che aveva a fare, o ad intralasciare. Che si pensi un legislatore regolato dai tre seguenti principj: 1) è lecito distruggere senza necessità, giacchè il medesimo fanno il fulmine ed il tremuoto sotto gli occhi istessi di Dio: 2) noi possiamo lasciar danneggiare coloro, che per buona fede furono tratti in inganno, sol perchè i giudici abbiano maggior riposo: 3) si può arbitrariamente esporre i cittadini a dei mali sol perchè hanno la possibilità di apprenderli collo studio difficile e sovente impossibile delle leggi: che si pensi un legislatore, che attivamente operi sotto il predominio di questi tre principj, quanta miseria e corruzione non ne seguirà sotto tutti i rapporti? e noi l'abbiam sofferto sotto molti riguardi non per volontà dei nostri principi, i quali non sono essi stessi al caso di comprendere le complicazioni dei rapporti civili, ma per l'amor proprio e l'ostinatezza di pochi individui.

E chi ardirà affermare, che siano pochi fra noi gli uomini politici, che abbiano principj sì falsi, tanta limitazione, e capriccio, idee così oscure triste e nocive? Il loro numero non è veramente piccolo, ed oltracciò vi à tanta ignoranza, ed ostinata immobilità negli antichi pregiudizii, tanta incertezza ed inerzia, che sarebbe una fortuna ben rara, quando, un solo dei principi Tedeschi potesse dire, io posso sicuramente rimettermi ai miei consiglieri per il lavoro della legislazione: e ciò è tanto più vero, che nell'associazione di più individui, che sieno sudditi d'un medesimo Principe, facilmente avviene, che il rispetto, che si à per un solo, induce gli altri a condiscendenza, e si rende in tal modo al tutto impossibile la libertà delle opinioni. Una tale libertà, ed una penetrante universalità di persuasione potrà ottenersi col solo concorso di molti che convengano da tutte le province, quand'anche vi s'intrometta qualche cervello, che sia intellettualmente e moralmente corrotto. È questo il grande vantaggio dei numerosi collegi: il pudore, questo benefico moderatore della libertà individuale, ed anche la pubblicità pongono sempre un freno alla malvagità dell'individuo. Ciascuno è incredibilmente incoraggiato e sostenuto dalle forze di tutti: e con una paziente considerazione dei pensieri e dei progetti degli altri le differenze tutte dileguansi così insensibilmente, che il lavoro compiuto infine ottiene il consenso di ciascuno che vi dette opera.

Se noi consideriamo più attentamente i vantaggi che possonsi sperare dal simultaneo convegno di molti dotti e pratici giuristi provenienti dai diversi paesi Tedeschi sarà quasi innegabile, che soltanto da esso può attendersi ogni bene possibile, ed un termine al male. Se una legislazione generale Tedesca dee essere il risultato di forze Tedesche, fa mestieri, che si metta a profitto tutto quanto fu attuato di buono nella legislazione delle diverse province. Nessuna di esse può certo vantare qualche cosa di perfetto sotto un tale rapporto: ma trovansi nondimeno dapertutto sparsi alcuni buoni principii, e non vi ha dritto particolare per quanto possa essere stato il prodotto di occasioni e bisogni speciali, nel quale non occorrano idee molto utili, sagge ed originali. Ciò è manifesto ad ognuno, ch'ebbe un poco ad occuparsi di leggi locali. Ma un individuo, per quanto possa essere saputo nel dritto Germanico, non può avere una profonda conoscenza di questi principii. La massa dei particolari è troppo grande, ed anche in parte incomprensibile a chiunque non abbia versato nella pratica del dritto particolare, e non conosca profondamente la storia del paese. Se dunque ciascuno dei nostri principi mandi alla grande adunanza uno sperimentato conoscitore del dritto patrio, vi sarà uno scambio compiuto di buone idee, e si potrà trarre avvisatamente vantaggio per il pubblico bene dalla ricca esperienza di ciascun individuo. Forse vi sarà pure un utile maggiore, stantecchè in tal modo anche i difetti reciprocamente si annienterebbero. Ci

è forza confessarlo, fin dal tempo degl'Imperadori Romani e molto più nella moderna Europa si è successivamente perduto il sentimento della semplicità del dritto, e questo ne divenne sempre più fiacco e complicato per miserabili eccezioni, e per così detti principii di equità. Che i rappresentanti dei diversi Principi espongano vicendevolmente le picciolezze del loro dritto patrio, tutta la schiera delle limitazioni apposte alla proprietà, il miscuglio immenso dei privilegi, e tutta la varietà dei diversi termini della prescrizione, per i quali non è bastante la memoria umana, tutti ne saranno necessariamente colpiti da meraviglia e scontento, e può colla più grande probabilità sperarsi, che un tanto male addivenga manifesto, sicchè si decidano unanimamente per una legislazione saggia e semplice, rinunziando ciascuno alle proprie picciolezze per vedersi liberato anche dalle altrui. Con ciò sarebbe raggiunta quella semplicità, della quale noi abbisogniamo più di qualunque altro popolo. Creata per i Tedeschi l'inestimabile felicità di potere sotto il patrocinio di leggi semplici ed energiche sicuramente vivere come padre di famiglia come proprietario ed uomo di affari, allora si desterà un sentimento veramente Germanico, lo stato troverà forti difensori, e cesseranno le innumerevoli stranezze, colle quali si tende far radicare fra noi tutte le inettezze ed affettazioni Francesi.

Del resto mi fa appena bisogno ricordare, che un tale Codice, com'è l'opera commune, dovrà pure essere migliorato nello stesso modo. Se a ciò non si adempisse, è naturale, che la desiderata unità non avrebbe una lunga durata, ed il genio malefico cercherebbe vendicarsi introducendovi bentosto e dapertutto delle innovazioni. Nè può temersi che l'attuazione futura delle necessarie innovazioni produca tante difficoltà, quante la presente formazione del Codice: stantechè le parti principali di questo rimarranno generalmente le medesime, e la necessità dei cambiamenti si manifesterà nella pratica e nei lavori scientifici tanto chiaramente, che non si avrà a pensarci a lungo. Con ciò il nostro dritto acquisterà una maggiore stabilità anche dove sono indispensabili le innovazioni. Nè vi à ragione di spaventarsi, giacchè in tal modo saremo pure per contrario liberati dal male molto maggiore dei cambiamenti inopportuni e sconsiderati. Una certa immobilità della legislazione à sempre più giovato che nociuto, e gl'Inglesi riconoscono sicuramente una parte della loro prosperità e forza dal fatto, che le loro leggi non sono sì subitamente cambiate, e che il Parlamento non si lascia tanto facilmente indurre ad innovazioni ad ogni primo dubbio di ciascun magistrato.

Può nondimeno con sicurezza attendersi che i pensieri finora svolti incontreranno dapertutto una grande opposizione. Mi è perciò necessario prendere in considerazione le possibili e principali obbiezioni, abbandonando a loro stesse le anime difficili, le quali sogliono dare un contrario avviso contro tutto, sol perchè possa dispiacere a questo o a quello. Riconosco che un simigliante parziale dissenso è inevitabile in ogni cosa, e vi sarebbe anche quando un angelo avesse il tutto ordinato. Io conto dunque sul numero maggiore e sulla parte migliore e più capace della nazione, e questa non esiterà certamente per il bene, sol perchè le cose non possano essere immediatamente attuate d'un modo ideale, o perchè possano dispiacere a qualcuno. È qui applicabile quello che avviene nella deliberazione della maggioranza d'un collegio. Nei più dei casi decidesi sempre il meglio; e colui che è in minoranza addiviene traditore della buona causa, e come tale dee essere considerato quando egli non vi si spiega, e cerca attraversare con mezzi segreti e misteriosi, quello che avrebbe a rispettare o potrebbe pure combattere d'un modo leale ed aperto.

Io distinguo le principali obbiezioni in segrete e pubbliche. Per queste ultime io intendo quelle, che un uomo onesto potrebbe sostenere avanti tutto il mondo senza rossore: per le prime quelle, che si potrebbero forse ventilare in segreto per ingannare i Principi e sviarli dalla verità, e che affermate altamente non mancherebbero di far segno l'autore al generale dispregio di tutti gli uomini onesti.

Fra le obbiezioni, che si potrebbero attendere dagli uomini onesti, forse la più apparentemente vera sarebbe, che il dritto deve essere modellato sullo spirito speciale d'un popolo, secondo il tempo il luogo e le altre condizioni storiche, e che perciò un Codice generale per tutti i Tedeschi non possa attuarsi senza danno e violenza. Molti sono quelli che si fecero sostenitori d'una tale obbiezione. Quanto sovente non ci è toccato udire fin dal tempo di Montesquieu, che il dritto debba essere avvisatamente modificato secondo il secolo, il clima il carattere della nazione, e mille altre simiglianti condizioni? Ed una tale considerazione fu spinta tanto oltre, che non si è mancato di dichiarare secondo un tale criterio questo o quello per giusto o per ingiusto: la qua-

le opinione per quanto fosse strana non mancò di partigiani. Ma, mi si perdoni la forza dell'espressione: io non posso scorgere altro in questa opinione che pervertimento e difetto di un profondo sentimento giuridico: confondonsi in essa le conseguenze ordinarie d'un semplice fenomeno con quello che può e dee essere ordinato secondo la ragione. Se l'uomo tien dietro ciecamente al suo capriccio, alle limitazioni della propria mente, e si arresta ad ogni piccolo ostacolo, ne seguono infine principii ed instituzioni conformi, ed in tal modo spiegasi ma non si giustifica il risultato. I quattro principali temperamenti, che vogliousi distinguere nella nostra anima, quante volte non sieno sviati ed opposti conducono necessariamente a maniere al tutto differenti di operare; ma non perciò la scienza morale devierà dalla rispettabile semplicità delle sue regole. Alcune condizioni speciali possono produrre leggi anche particolari, come avviene sovente per le leggi economiche e per quelle di polizia. Ma le leggi civili modellate sul cuore umano sulla intelligenza e sulle ragioni raramente si lasciano modificare a seconda delle circostanze esterne, e quand'anche dei piccoli mali dovessero risultare dalla unità, ne sarebbero questi riccamente compensati dagl' innumerevoli vantaggi di quella. Che si prendano in considerazione le singole parti del dritto civile. Molte di esse possonsi denominare vere matematiche giuridiche, sulle quali nessuna località può avere una influenza veramente decisiva, come la dottrina della proprietà, del dritto di successione, dei contratti, ed il sistema ipotecario, e tutto quanto è parte generale della scienza del dritto. Ed anche nelle materie, nelle quali sembra maggiormente influire l'individualità umana, si troverà sempre ed ordinariamente che una opinione è la più vera, quando non spendesi l'attività legislativa in dimostrazioni fredde e sterili, ma in una saggia estimazione delle ragioni di tutto quanto credesi opportuno e conveniente. Così per esempio può quistionarsi moltissimo sulla libertà del divorzio e sui limiti della patria potestà; ma niuno in fine vorrà affermare, che ci possano essere a tal proposito differenti sistemi, quand' anche questi o quegli potesse vacillare nel dubbio, nè sia abbastanza ardito da dichiararsi per una opinione. Ma non cade qui l'acconcio d'una tale quistione trattandosi d'un Codice che riguarda i soli Tedeschi, giacchè sebbene gl' interessi politici avessero prodotto alcune divisioni, pure l'origine è la medesima, vi sono gli stessi sentimenti, il medesimo orrore di tutti i buoni per le finzioni, le affettazioni, e la simulazione.

Fa bisogno spingere ancora oltre la nostra attenzione. Le mentovate varietà di dritto, alle quali gli uomini difficoltosi danno tanta importanza, non sono il risultato di differenti disposizioni naturali e rapporti locali, ma le conseguenze d'un male avvisato isolamento, e d'un ostinato capriccio, almeno in moltissimi casi. Basta avanzare un sol passo per la Germania per trovarsi sopra un tutt'altro terreno giuridico: ciò è pur troppo vero, e ne fu fatta osservazione anche da Voltaire. Ma quale ne è la ragione? Non certo, perchè su questa parte il sole splenda ben altrimenti che sull'altra, ma perchè nessun legislatore prese consiglio dal suo vicino, e ciascuno ordinò la sua propria economia nel silenzio. Da ciò originossi una sterminata confusione, e deesi anche a questo attribuire tanta varietà di misure e di bilance. Così per esempio, la dottrina della successione intestata è la più semplice, ed al tutto indipendente dai rapporti locali, giacchè si fonda sul pensiero, che il legislatore prenda le veci del defunto dividendo non altrimenti che questi doveva, e probabilmente avrebbe pure diviso. E nondimeno abbiamo su questa materia almeno mille rapporti locali. Nei soli Ducati di Schleswig ed Holstein vi sono su questo proposito tanti e sì varii statuti e consuetudini, che vi bisognerebbe un numeroso collegio a parte per farsene lettura, mentre la legislazione Austriaca con una bella felicità e semplicità à ordinata tutta questa materia per un regno sì vasto con pochi e chiari articoli. Ogni giorno ci apporta novelle pruove. Per la tanto buona istituzione dei Monti di Pietà facilmente convennero gli uomini intelligenti del paese in un solo pensiero; ma posteriormente i consigli provinciali operarono sì a capriccio, che sul medesimo argomento avvennero mille e sotto molti rapporti anche cattive variazioni.

Certo non può evitarsi, che nei singoli paesi non vi siano delle specialità, come per esempio relativamente ai rapporti colonici, alle servitù, ma dalla necessità di conservarle non segue che debbano essere di ostacolo alla grande opera. Tali cose possonsi facilmente distinguere, quando si opera lealmente ed energicamente.

Una seconda obbiezione principale, e che dobbiamo attenderci da più parti è quella che si fonda sui riguardi dovuti alla tradizione. Debbonsi il più che possibile evitare i cambiamenti, rispettare le istituzioni esistenti quando non fosse che per la ragione di averne co-

noscenza e rispetto, dovendosi risparmiare anche i pregiudizii, che si riconoscono per tali, essendo al di sopra d'ogni forza umana interamente distruggerli. Sono queste le voci, che ci suoneranno da molte parti, ed io non intendo confutarle, ma affermo che sono quì poco a proposito, giacchè sotto la pretesa patriarcale saviezza del dritto si ascondono molte cose oscure ed incomprensibili.

I cambiamenti sconsiderati sono sempre dannosi, ed il carattere d'una nazione guadagna sempre in forza e prosperità, quando i posteri seguono francamente e lealmente quelle medesime vie, nelle quali i loro antenati trovarono felicità e contento. Questo è vero, e meriterebbe d'essere ripetuto sovente; ma appunto una tale stabilità e benefico accordo di tutti nel rispetto verso l'antichità non può raggiungersi altrimenti che con un Codice generale, che risultando dalle forze di tutti sarebbe un lavoro, che ci farebbe onore. Se per contrario si persiste nell'antico dritto, dureranno pure le parti cattive, poco naturali, e sotto molti rapporti contradicenti al nostro carattere. Che si erga questo magnifico monumento, e noi avremo almeno a lasciare una buona eredità ai nostri posteri. Un tale lavoro sarà sacro per i nostri figli e nipoti, e soltanto in questo modo otterremo quella stabilità e fermezza, che tanto si affà al carattere Germanico.

Potrebbesi inoltre opporre, che la formazione d'un tal Codice sul dritto privato civile, criminale e di procedura da un collegio sì numeroso, per il quale ogni paese avrebbe a nominare almeno alcuni membri, sarebbe un lavoro sommamente lungo e dispendioso. Ma solamente gli spiriti piccoli potrebbero fare una simigliante obbiezione: la somma delle forze, che sarebbe necessario spendere per una tale opera, non formerebbe la millesima parte di quella, che è necessaria quantunque volte in ogni paese all'antica si vuole sostituire una legislazione novella, divenendo con ciò la sola applicazione del dritto immensamente difficile e costosa. Può anche sperarsi, che il lavoro possa essere compiuto in due tre o quattro anni, avendo nella legislazione Prussiana, Austriaca, nel Codice Francese, ed in quelli che furono ultimamente formati nella Sassonia e nella Baviera materiali tanto ricchi, che si potrebbero considerare molte dottrine come già perfette. Le spese non meritano di essere ricordate, giacchè ogni paese non pagherebbe più di quello, che è necessario per l'intrattenimento di alcuni celebri attori ed attrici da teatro. Se qualche finanziero vi si rifiutasse opponendo che la sua cassa non abbia come adempiere ad un tale bisogno, i giudici ed i funzionarii d'un paese, quando comprendessero il loro vero vantaggio, pagarebbero del proprio le piccole spese. Giacchè quanto sovente il giurista pratico e valente non potè giovarsi della sua dottrina in altre province, dovendosi limitare e circoscrivere in quel territorio, dove sortì di nascere! Un dritto civile ed uniforme rimuoverebbe tutti questi ostacoli, e darebbe facoltà ai nostri principi di scegliere persone più idonee, ed assicurerebbe gli uomini di merito contro il male del nipotismo e del privilegio.

FINE DELL'OPERA.

INDICE GENERALE

PARTE PRIMA

CODICE CIVILE FRANCESE.

LIBRO I.

PARTE GENERALE

INTRODUZIONE.

PARTE PRIMA.

SULLE LEGGI E SULLA SCIENZA DEL DRITTO.

PARTE SECONDA.

SULL' OBBIETTO DELLE LEGGI.

LIBRO II.

Dritti relativi allo stato delle persone.

PARTE PRIMA.

Sulla patria potestà.

PARTE SECONDA.

Sulla tutela.

LIBRO III.

Dritto delle obbligazioni.

INTRODUZIONE §. 142.

PARTE SECONDA

TRATTATI DI DRITTO CIVILE

A S. E. R.^ma

IL SIG. PRESIDENTE DELLA PUBBLICA ISTRUZIONE.

Eccellenza

Il Tipografo Giuseppe Acampora con la Tipografia Strada Fuori Porta Medina a Montesanto n.° 25 e 26, desidera dare alle stampe l'opera intitolata: Tibaut parte prima — La dottrina del Codice Civile Francese conferito co' principî del Dritto Romano — Parte seconda Trattato del Dritto Civile, versione di Antonio Turchiarulo.

Prega all'E. V. Rev. assegnargli un Revisore.

CONSIGLIO GENERALE DI PUBBLICA ISTRUZIONE

Rip.° Car.° N.° 115. *Oggetto.*

Napoli 22 Giugno 1853.

Vista la domanda del Tipografo Giuseppe Acampora, il quale ha chiesto di porre a stampa l'opera intitolata: Tibant parte prima — La dottrina del Codice Civile Francese conferito co' principî del Dritto Romano — Parte seconda Trattato del Dritto Civile, versione di Antonio Turchiarulo.

Visto il parere del Regio Revisore D. Carmine Preziosi.

Si permette che la suindicata opera si stampi; però non si pubblichi senza un secondo permesso che non si darà se prima lo stesso Regio Revisore non avrà attestato di aver riconosciuto nel confronto esser l'impressione uniforme all'originale approvato.

Il Presidente
FRANC. SAVERIO APUZZO
Il Segretario
GIUSEPPE PIETROCOLA.

VENDIBILE

Presso i principali libraj





